

# Vergleichende Analyse

Citation for published version (APA):

Faure, M. G. (2001). Vergleichende Analyse. In M. G. Faure, & H. Koziol (Eds.), *Die ärztliche Behandlungsfehler, eine Fallstudie im Vergleich europäischer Rechtssysteme* Ecclesia.

## Document status and date:

Published: 01/01/2001

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Prüfung des Verschuldens nach einem vorab festgelegten Prozentsatz vom Versicherer beglichen wird.

**e. Unterstützung des Versicherten bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen**

Die Krankenkassen können ihre Versicherten bei der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen durch Behandlungsfehler entstanden sind, unterstützen (§ 66 SGB V).

Der Versicherte kann deshalb von der Krankenkasse Auskünfte über Diagnosen, die Art der Therapie oder die Namen der behandelnden Ärzte erhalten.

Weitere Informationen über den Verlauf und das Ergebnis der Behandlung können durch Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (§§ 275 ff. SGB V) beschafft werden. Diese Einrichtung, die von den Krankenkassen gemeinsam unterhalten wird, ist berechtigt, zur Begutachtung über Notwendigkeit und Dauer einer stationären Behandlung die Behandlungsunterlagen des Krankenhauses einzusehen und den Versicherten zu untersuchen (§ 276 Abs. 4 SGB V).

Die Krankenkasse kann das Ergebnis dieser Begutachtung ebenfalls nach § 66 SGB V an den Versicherten weitergeben.

### **III. Vergleichende Analyse**

**Michael Faure**

#### **A. Einleitung**

In der Einleitung zur Problemstellung wurde schon darauf hingewiesen, daß dieses Projekt nicht in erster Linie darauf abzielt, einen traditionellen Überblick über das Arzthaftungsrecht in einigen europäischen Staaten zu bieten. Die Wahl von Fällen als Ausgangspunkt bringt es vielmehr mit sich, daß die Berichtersteller aus den einzelnen Ländern vor allem die in ihrer Rechtsordnung angewandte Methode der rechtlichen Begründung im Arzthaftrecht aufzeigen. Diese komparative Fallmethodologie ermöglicht es uns, festzustellen, ob ähnliche Fälle in den einzelnen Ländern gleich oder unterschiedlich gelöst werden.

In diesem Kapitel fassen wir die Ergebnisse der Länderberichte zusammen und analysieren sie. Diese vergleichenden Schlussfolgerungen beschränken sich daher notwendigerweise auf jene Probleme, die in den Fällen und damit auch in den Länderberichten angesprochen wurden. Die Berichtersteller waren darum

gebeten worden, sich auf die in ihrem Land angewandte rechtliche Argumentation sowie auf das praktische Ergebnis zu konzentrieren, und zwar sowohl bezüglich der (allfälligen) Begründung einer Haftung als auch der Ersatzbeträge. Bestimmte rechtliche Themen, denen offenkundig große theoretische Bedeutung zukommt, wie zum Beispiel die Grenze zwischen Vertrags- und Deliktsrecht, werden nicht allzu eingehend diskutiert. Es ist auch festzuhalten, daß viele dogmatische Fragen etwa im deutschen und österreichischen Arzthaftungsrecht eine große Rolle spielen, nicht aber in so manchen anderen Rechtssystemen und die vorliegende Studie nicht zum Ziel hat, zu untersuchen, wie dogmatische Probleme aus dem deutschen Rechtskreis in anderen Ländern gelöst werden, wenn diese dort überhaupt keine Rolle spielen. Dieses Projekt ist eben vor allem auf einen Vergleich der **Ergebnisse** ausgerichtet, sowie auf die Frage, wie man in den verschiedenen Rechtsbereichen zu diesen Ergebnissen gelangt.

Fast alle Länderberichtersteller haben zu Recht darauf hingewiesen, daß genau gesehen die sechs Fälle in zwei Gruppen fallen. Die beiden Fälle 1 und 2 betreffen die Haftung aufgrund nicht ausreichender Informationen über die potentiellen Risiken. In diesen Fällen entsteht zweifellos ein hoher Schaden, aber diese unglückliche Folge kann die „normale“ Konsequenz jener Art medizinischen Behandlung sein, die der betreffende Patient erhielt. In diesen Fällen wird den Ärzten nicht vorgeworfen, bei der medizinischen Behandlung selbst fehlerhaft gehandelt zu haben. Geltend gemacht wird vielmehr, daß die Patienten vor den negativen Folgen der mit der Behandlung verbundenen Risiken gewarnt werden hätten müssen. Die Fälle 3 bis 6 behandeln andererseits die eher traditionellen Arzthaftungsfälle, in denen der Patient dem Arzt ein unrichtiges Verhalten bei der Durchführung der medizinischen Behandlung vorwirft. Hier wird somit die Klage darauf gestützt, daß der Schaden durch einen Kunstfehler des behandelnden Arztes verursacht worden sei.

Diese Falltypen sind tatsächlich zwei unterschiedlichen Problembereichen zuzuzählen und daher werden sie auch in dieser vergleichenden Studie gesondert behandelt. Wir richten unseren Blick zunächst auf jene Fälle, die die Aufklärungspflicht betreffen (Fälle 1 und 2) und im Anschluß daran auf jene, in denen es um einen fachlichen Fehler geht. Der rechtsvergleichende Bericht ist so gestaltet, daß nach einer kurzen Zusammenfassung der Fälle die jeweils relevanten rechtlichen Probleme vergleichend analysiert und schließlich die Unterschiede bei den praktischen Ergebnissen in den verschiedenen Ländern herausgearbeitet werden.

Da es offenkundig nicht zweckdienlich wäre, die Inhalte der einzelnen Länderberichte zu wiederholen, werden einige Punkte, die von allgemeinem Interesse sind, erwähnt und nur wenige Beispiele aus einigen Ländern angeführt. Der Leser sollte sich daher bewußt sein, daß dieser Bericht bloß einige Höhepunkte der Länderberichte bringt und für einen genaueren Einblick in die verschiedenen Rechtsordnungen notwendigerweise die Länderberichte selbst herangezogen werden müssen.

Vorweg kann ein wichtiges Ergebnis der Fallstudien aufgezeigt werden: Die für die Aufklärungspflichten und die erforderliche Sorgfalt geltenden Grundsätze sind in den Rechtssystemen Europas sehr ähnlich. Stets wird nämlich eine Aufklärung des Patienten für erforderlich gehalten und überall wird der Facharztstandard als Maßstab für die aufzuwendende Sorgfalt herangezogen. Allerdings sind in der Praxis recht unterschiedliche Ergebnisse festzustellen. Diese Feststellung, daß die Rechtsordnungen von gleichen Grundregeln ausgehen, ist für die Frage einer künftigen europäischen Rechtsangleichung bedeutsam: Gelten tatsächlich schon ähnliche Grundsätze, so entfällt ein wesentliches Argument für die Notwendigkeit einer europäischen Harmonisierung.

## B. Fallstudien: Vergleichende Zusammenfassung

### 1. Fälle 1 und 2: Aufklärungspflicht

In Fall 1 hatte die Patientin seit vielen Jahren über starke Schmerzen im Lendenbereich geklagt. Um die mögliche Ursache der Schmerzen herauszufinden und die Schwere einer möglichen Nervenwurzelschädigung festzustellen, sollten zunächst eine Myelographie und später ein CT durchgeführt werden. Unmittelbar vor diesen Untersuchungen, die durch einen Radiologen durchgeführt werden sollten, unterschrieb die Klägerin eine Erklärung, in der sie bestätigte, daß sie über deren Risiken informiert worden sei. Das Formular erwähnte Risiken wie z.B. Übelkeit, Kopfschmerzen, kurzzeitige Bewußtseinsstörung und Infektionen. Über die Gefahr eines epileptischen Anfalls oder einer möglichen Querschnittslähmung, die mit dem Test verbunden sein könnte, wurde nicht aufgeklärt. Nachdem die Tests stattgefunden hatten, erlitt die auf einer Bahre liegende Klägerin einen Krampfanfall, der zur (permanenten) Schädigung der rechten Schulter sowie für einen Tag zu Erblindung und Sprachstörungen führte.

Das deutsche Gericht, das den Fall entschied, war der Auffassung, daß das Risiko eines epileptischen Anfalls als Folge der Myelographie nicht vorhersehbar war. Gleichzeitig meinte das Gericht jedoch, daß die Patientin über eine mögliche Lähmung hätte informiert werden müssen. Verletzt wurde also die Pflicht zur Aufklärung über die Gefahr einer Lähmung, es realisierte sich jedoch ein anderes Risiko (epileptischer Anfall). Obwohl sich ein anderes Risiko realisiert, als jenes, über das die Patientin hätte informiert werden müssen, ist das Gericht der Meinung, daß wegen des Aufklärungsfehlers jegliche medizinische Behandlung rechtswidrig ist und der Arzt für alle entstehenden Schäden haftet. In diesem Fall handelte es sich um ein BHG-Urteil und die Sache wurde zurückverwiesen; eine Entscheidung über die Schadenshöhe wurde deshalb nicht getroffen.

Im Fall 2 hatte der Kläger, ein iranischer Staatsangehöriger, seit vielen Jahren über starke Schmerzen in den Beinen geklagt. Er hatte ausgeprägte Probleme beim Treppensteigen und mußte gelegentlich Krücken benutzen. Das Krankenhaus stellte fest, daß die Schmerzen durch eine Quetschung des Rückenmarks verursacht wurden und riet zur Operation. Am Tag vor dem Eingriff

unterschrieb der Patient ein Einwilligungsformular für die vom Arzt durchzuführende Operation, in dem er erklärte, über die wichtigsten Risiken des Eingriffs informiert worden zu sein. Der Eingriff verursachte eine vollständige doppelseitige Lähmung und der Patient ist für den Rest seines Lebens an den Rollstuhl gefesselt.

Das Gericht ist der Meinung, daß die Aufklärung unzureichend war, besonders weil der Kläger nicht verstanden hatte, was er unterschrieb, da er Deutsch weder sprechen noch verstehen konnte. Der Sohn des Klägers, der seinen Vater zum Krankenhaus begleitete, sprach nur sehr schlecht Deutsch. Daher entschied das Gericht, daß die schriftliche Einverständniserklärung keinen Beweis erbringt und die Haftung zu bejahen sei, weil der Patient über das Risiko der Querschnittslähmung hätte informiert werden müssen. Das Gericht nahm außerdem an, daß der Kläger der Operation wahrscheinlich nicht zugestimmt hätte, wären ihm die mit ihr verbundenen Risiken bewußt gewesen. Das Gericht betont jedoch auch, daß eine Information über alternative Operationsmethoden nicht erforderlich war, da es lediglich um unterschiedliche technische Einzelheiten einer auf dasselbe Ziel gerichteten und mit den selben Risiken verbundenen Operation ging. Dem Kläger wurde ein Schmerzensgeld in Höhe von 200.000,-- DM (102.258 Euro) zugesprochen.

#### a) Inhalt und Umfang der Aufklärung

Die ersten beiden Fälle behandeln die für das Arzthaftungsrecht entscheidende Frage, vor welchen Risiken ein Patient gewarnt werden muß. Viele Rechtsordnungen beschäftigen sich in diesem Zusammenhang damit, ob der Patient über alle auch noch so geringen Risiken informiert werden muß, oder ob die Aufklärungspflicht auch davon abhängig ist, wie gravierend die möglichen Auswirkungen bestimmter Risiken sein können, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit sehr gering ist.

Dieses Thema wird besonders in der französischen Rechtsprechung ausführlich diskutiert. Wie der französische Bericht zeigt, muß im französischen Recht grundsätzlich zwischen der Haftung nach öffentlichem Recht und nach Zivilrecht unterschieden werden. Wenn es sich beim Schädiger um einen Angestellten des öffentlichen Dienstes oder eine öffentliche Einrichtung handelt (wie zum Beispiel ein öffentliches Krankenhaus), muss das Opfer ein Verwaltungsgericht anrufen, das die verwaltungsrechtlichen Haftungsbestimmungen anzuwenden hat. Wenn es sich hingegen beim Beklagten um eine Privatperson oder eine privatrechtliche Einrichtung handelt, so ist Privatrecht anzuwenden und es sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Bis 1998 galt anscheinend im französischen Zivilrecht die Regel, daß Ärzte die Patienten nur über „gewöhnlich vorhersehbare Gefahren“ und nicht über „außergewöhnliche Risiken“ informieren müssen. Wie der französische Bericht zeigt, wurde dies durch eine Entscheidung der **Cour de Cassation** im Jahre 1998 geändert: Es wurde entschieden, daß der Arzt verpflichtet ist, offen, klar und angemessen über die schwerwiegenden Risiken, die mit der Untersuchung oder der Behandlung verbunden sind, zu informieren,

selbst wenn diese Risiken nur sehr selten auftreten. Nach der Darstellung der französischen Länderberichterstatteerin ist ein schwerwiegendes Risiko gegeben, wenn die Gefahr des Todes, der dauernden Invalidität oder einer ernsthaften Entstellung besteht. Die französische Länderberichterstatteerin schließt daraus, daß die Patientin gemäß dieser Rechtsprechung auf jeden Fall über das Risiko einer durch die Myelographie verursachten Lähmung hätte informiert werden müssen.

Die Regeln des öffentlichen Rechts in Frankreich sind offenkundig noch strenger. Im Bianchi-Fall, der im Jahre 1993 entschieden wurde, gelangte der französische Conseil d'Etat (das höchste französische Verwaltungsgericht) zu folgendem Ergebnis: Selbst wenn mit einer notwendigen medizinischen Untersuchung oder Behandlung ein bekanntes aber bloß seltenes Risiko verbunden ist und es auch keinen Grund für die Annahme gibt, daß sich dieses Risiko unter den gegebenen Umständen verwirklichen werde, haftet das öffentliche Krankenhaus für alle unmittelbaren nachteiligen Folgen dieser Untersuchung oder Behandlung, falls diese weder auf den ursprünglichen Gesundheitszustand des Patienten, noch auf dessen vorhersehbare Entwicklung zurückzuführen sind und überdies der dem Patienten entstandene Schaden als überaus schwerwiegend einzustufen ist. Wie die französische Berichterstatteerin aufzeigt, anerkennt das französische öffentliche Recht offensichtlich eine verschuldensunabhängige Haftung für „therapeutische Risiken“.

Das portugiesische Recht geht in die gleiche Richtung. Der Bericht macht deutlich, daß über ein schwerwiegendes Risiko selbst dann aufgeklärt werden muß, wenn es als sehr entfernt anzusehen ist.

Nach englischem Recht kann eine Haftung für Fahrlässigkeit gegeben sein, wenn über die Risiken der Behandlung nicht adäquat aufgeklärt wurde. Der englische Bericht beschreibt den Fall eines Klägers, der als Folge eines operativen Eingriffs eine partielle Lähmung erlitt und nicht über diese Gefahr aufgeklärt worden war. Obwohl die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Risikos etwas über 1% lag, wurde die Aufklärung über dieses Risiko nicht als notwendig angesehen. Wie der englische Berichterstatteer ausführt, verlassen sich die englischen Gerichte in der Frage der erforderlichen Aufklärung über die Risiken im allgemeinen auf die Aussagen der Experten. Er berichtet auch von einem (australischen) Urteil, das die Pflicht des Arztes betonte, über wesentliche Risiken, die der vorgeschlagenen Behandlung eigen sind, aufzuklären.

AL

In den Niederlanden ist die Aufklärungspflicht in Artikel 7:448, Absatz 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt: Der Arzt hat den Patienten klar und auf Wunsch schriftlich über die beabsichtigte Untersuchung und Behandlung, über deren Durchführung sowie über den Gesundheitszustand des Patienten aufzuklären. Außerdem muß der Patient in vernünftigem Rahmen über die wahrscheinlichen Folgen der Untersuchung oder Behandlung sowie die damit verbundenen Risiken für seine Gesundheit aufgeklärt werden. Aufgrund dieser klaren gesetzlichen Pflicht gelangen die niederländischen Berichterstatteer zu dem Schluß, daß der Patient über das Risiko eines epileptischen Anfalls und der Lähmung hätte informiert werden müssen, da nicht damit argumentiert werden

könne, diese Risiken seien so bekannt, daß die Aufklärung darüber als überflüssig angesehen werden könnte. Andererseits ist zu beachten, daß die Pflicht, in einem konkreten Fall über ein bestimmtes Risiko aufzuklären, stets weitgehend sowohl von der Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieses Risikos als auch von der Schwere des möglichen Schadens abhängen wird.

Nach dem belgischen Bericht ist der Patient über die normalen Risiken eines Eingriffs zu informieren. Es besteht keine Verpflichtung, über schwerwiegende, aber seltene Gefahren oder über wahrscheinlichere, aber geringfügigere Risiken zu informieren. Dies stellt einen bemerkenswerten Unterschied zur Aufklärungspflicht nach französischem Recht dar. Der belgische Bericht weist darauf hin, daß keine Pflicht zur Information über dieses spezifische Risiko bestand, wenn der epileptische Anfall nach vernünftigen Gesichtspunkten nicht vorhersehbar war, da es sich um keine normale, vorhersehbare Gefahr handelte.

So wie in den anderen Rechtsordnungen wird auch in der Schweiz die Meinung vertreten, daß der Umfang der Aufklärung unter anderem von der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines bestimmten Risikos, der Schwere der möglichen Auswirkungen und alternativen Behandlungsmöglichkeiten abhängt. Eine Information über sehr unwahrscheinliche Risiken mit geringfügigeren Folgen ist nicht erforderlich. Wenn zum Beispiel eine 70 %ige Wahrscheinlichkeit besteht, daß ein Eingriff zu keiner Besserung des Gesundheitszustandes des Patienten führt und wenn dieser Eingriff zugleich ein 35 %iges Risiko der Querschnittslähmung mit sich bringt, so ist der Patient nach Auffassung des schweizerischen Bundesgerichtes über diese Risiken zu informieren, und zwar unter Angabe der genauen Prozentzahlen<sup>56</sup>.

Auch nach dem österreichischen Bericht geht es bei der Lähmung durchaus um eine Gefahr, über die der Patient hätte aufgeklärt werden müssen. Die statistische Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des Risikos wird zwar auch in dieser Rechtsordnung bei der Festlegung des Inhalts der Aufklärungspflicht berücksichtigt. Dennoch ist gemäß einer Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs auch dann aufzuklären, wenn die Wahrscheinlichkeit der Infektion nur ein Tausendstel beträgt, falls der Arzt erkennt, daß der Patient sonst der Meinung ist, der Eingriff berge keinerlei Risiko in sich<sup>57</sup>.

Natürlich enthalten die Länderberichte weit mehr Einzelheiten über die Ausgestaltung der Aufklärungspflicht durch Gesetzgebungen und/oder Rechtsprechung in den einzelnen Ländern. Obwohl alle Rechtsordnungen darin übereinstimmen, daß eine Aufklärung über ernsthafte Risiken erforderlich ist, scheinen Unterschiede in der Frage zu bestehen, ob auch über eher unwahrscheinliche Gefahren aufzuklären ist. In den meisten Ländern dürfte die Tendenz jedoch dahin gehen, daß selbst dann aufzuklären ist, wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintritts sehr gering ist, die Auswirkungen aber durchaus

---

<sup>56</sup> Siehe auch schweizer Länderbericht

<sup>57</sup> Siehe auch österreichischer Länderbericht

gravierend sein können. Daher scheinen die meisten Länderberichtersteller der Meinung zu sein, daß eine Verpflichtung bestand, über das Risiko einer Lähmung im Fall 1 und das einer möglichen Querschnittslähmung im Fall 2 aufzuklären.

Eines der Themen, die in einigen Länderberichten im Zusammenhang mit den Aufklärungspflichten diskutiert werden, ist das sogenannte „therapeutische Privileg“. In einigen Ländern wird offensichtlich die Meinung vertreten, daß der Arzt sich weigern darf, über bestimmte Risiken aufzuklären, wenn die Aufklärung sich negativ auf die Gesundheit des Patienten auswirken könnte, z.B. wegen großer Ängste vor dem Eingriff. Dieses therapeutische Privileg wird in der Schweiz und in Österreich diskutiert, wo man anerkennt, daß der Patient in bestimmten Fällen eher dadurch geschützt werden kann, daß er nicht umfassend informiert wird. Auch Artikel 7:448, Abschnitt 3 des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches regelt den Fall des therapeutischen Privilegs, wenn eine Aufklärung offenbar zu ernsthaften Nachteilen für den Patienten führen würde. Andere Berichte, wie z.B. jener aus Großbritannien, betonen eher, daß es nicht nur von der Meinung des Arztes abhängen darf, welche Informationen der Patient erhält. Der englische Bericht weist darauf hin, daß die Ausnahme der „therapeutischen Diskretion“ als eine Art Bevormundung des Patienten angesehen werden könnte. Wie dem auch sei, selbst die deutschen und österreichischen Autoren sind der Meinung, daß dann, wenn es die Zeit erlaubt (wie in den Fällen 1 und 2), der Patient möglichst umfassend aufgeklärt werden sollte, damit dieser eine fundierte Entscheidung darüber treffen kann, ob die Untersuchung oder Behandlung durchgeführt werden soll. Das therapeutische Privileg wurde übrigens in den Fällen 1 und 2 nicht erwähnt, da es offensichtlich dort keine Rolle spielte<sup>58</sup>.

#### **b) Beweislast bezüglich der Aufklärung**

Eine Frage, die in vielen Länderberichten angesprochen wird, geht dahin, wer zu beweisen hat, daß der Patient ausreichend informiert worden ist. Dieses Thema wird von einigen Länderberichten auch im Zusammenhang mit der Diskussion über die Bedeutung bestimmter, vom Patienten unterzeichneter Formulare aufgegriffen; darauf wird weiter unten eingegangen. Ausgangspunkt in vielen Rechtsordnungen ist – was ebenfalls unten noch näher zu erörtern ist –, daß jede Operation als ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten angesehen wird. Daher argumentierten viele Autoren damit, daß ohne ausreichende Information keine ausreichende Einwilligung des Patienten zur Behandlung vorliege, was sich natürlich auf die Haftungsfrage auswirkt. Der Umstand, daß jegliche Behandlung ohne ausreichende Information und damit ohne wirksame Zustimmung des Patienten eine Körperverletzung darstellt, hat offensichtlich auch Bedeutung für die Beweislast.

<sup>58</sup> Diese Ausnahme wird ausführlich im deutschen Länderbericht erläutert



Frankreich kann auf einen im Jahre 1997 vom Cour de Cassation entschiedenen Fall hinweisen, in dem klar festgehalten wurde, daß der Arzt beweisen müsse, seine Aufklärungspflicht erfüllt zu haben. Die französische Berichterstatterin wendet diese Entscheidung auch auf unseren 2. Fall an und zeigt, daß wegen der Überwälzung der Beweislast auf den Arzt vermutlich selbst ein französischer Richter der Auffassung wäre, die Beweise für eine Aufklärung seien im 2. Fall nicht ausreichend. Ein ähnlicher Ansatz wird anscheinend in der Schweiz und Österreich gewählt, wo der Standpunkt vertreten wird, daß eine Operation immer eine Körperverletzung darstellt und daher nur gerechtfertigt ist, wenn eine wirksame Einwilligung des Patienten vorliegt. Dem österreichischen Bericht zufolge muß deshalb der Arzt beweisen, daß der Patient ausreichend informiert wurde und daher eine fundierte, wirksame Einwilligung zur Behandlung abgab.

Einige Länderberichte behandeln die Beweislast für eine ausreichende Aufklärung nicht gesondert, argumentieren jedoch, es obliege dem Patienten zu beweisen, daß er einem Eingriff nicht zugestimmt hätte (Fall 2), wäre er ausreichend informiert worden<sup>59</sup>. Dieses Thema wird noch im Zusammenhang mit der Kausalität diskutiert.

### **c) Aufklärungs- und Einwilligungsformulare**

Eine Frage, die sich offensichtlich im Zusammenhang mit den Fällen 1 und 2 stellt, geht dahin, welche Bedeutung einer formularmäßigen Erklärung der Einwilligung nach ausreichender Aufklärung zukommt; solche Formulare wurden offensichtlich in beiden Fällen benutzt. Im ersten Fall scheint dies keine so große Rolle zu spielen, da das Formular nur auf geringfügigere Risiken hinwies, nicht jedoch auf die Gefahr eines epileptischen Anfalls oder einer möglichen Lähmung. Im zweiten Fall erwähnte das Einwilligungsformular zwar gravierendere Risiken, von denen einige, wie z.B. die Lähmung, handschriftlich vom aufklärenden Arzt hinzugefügt worden waren. In diesem besonderen Fall ging es jedoch darum, ob der Patient verstehen konnte, was er unterschrieb.

Nahezu alle Länderberichte, die auf die Bedeutung eines Einwilligungsformulars eingingen, kamen zu dem Ergebnis, daß das Unterschreiben eines Formulars für sich keinen Beweis für eine ausreichende Aufklärung biete (obwohl dadurch die Position des Anbieters der medizinischen Dienstleistungen gestärkt werde). So führt etwa der schweizerische Bericht zu Fall 2 aus, daß allein das Unterschreiben eines Formulars noch keinen Beweis für eine ausreichende Aufklärung abgibt. Auch der niederländische und der österreichische Bericht weisen darauf hin, daß ein Formular allein noch keine ausreichende Aufklärung bietet; es sei ein persönliches Gespräch notwendig, in dem der Patient auf die verschiedenen Risiken hingewiesen wird. Zu der gleichen Schlußfolgerung kommt man in Belgien; die belgischen Autoren weisen darauf hin, daß das

---

<sup>59</sup> So der englische Länderbericht

Unterschreiben eines solchen Formulars für sich noch nicht eine adäquate Aufklärung beweise.

Die Schlußfolgerung aus diesen wenigen Bemerkungen zur Bedeutung der Einwilligungsformulare scheint zu sein, daß die meisten Rechtsordnungen darin übereinstimmen, daß ein solches Dokument ex post einen Beleg dafür abgeben kann, daß z.B. ein persönliches Gespräch mit dem Patienten stattgefunden hat, in dem er über die verschiedenen Risiken aufgeklärt wurde, jedoch das Unterzeichnen eines solchen Formulars an sich niemals ein persönliches Informationsgespräch ersetzen kann. Dies trifft natürlich um so mehr zu, wenn der Patient nicht einmal in der Lage war, das unterzeichnete Formular zu verstehen.

#### **d) Die Bedeutung der Sprache**

Die Sprache ist ganz offensichtlich ein wichtiger Punkt für die Entscheidung des 2. Fall, in dem das deutsche Gericht annahm, es gebe keinen Beweis dafür, daß der Patient Deutsch verstand und daß er angemessen in einer Sprache aufgeklärt worden wäre, die er hätte verstehen können. Dies war letztlich der entscheidende Punkt im deutschen Fall: Der Patient wußte nicht, was er unterzeichnete, da er weder Deutsch sprechen noch verstehen konnte. Die meisten Länderberichte stimmen darin überein, daß die Information selbstverständlich so erteilt werden muß, daß der Patient begreifen kann, welche Risiken ihm erklärt werden und er auf der Grundlage der Information eine entsprechende Entscheidung darüber treffen kann, ob die Untersuchung oder Behandlung fortgesetzt werden soll oder nicht. Eine derartige Entscheidung ist offensichtlich nicht möglich, wenn die Information in einer Sprache erfolgt, die der Patient nicht beherrscht.

Der schweizerische Bericht weist darauf hin, daß Sprachprobleme nichts an der Verpflichtung zur Aufklärung ändern. In diesem konkreten Fall bestand zudem keine besondere Dringlichkeit zur Durchführung der Operation, so daß mehr Zeit darauf hätte verwandt werden können, den Patienten in verständlicher Weise aufzuklären. Für die österreichischen Autoren ist das Sprachenproblem genauso entscheidend wie für das deutsche Gericht. Sie weisen darauf hin, daß die Informationen auch an einen Dritten hätten gegeben werden können, dem der Patient völlig vertraute und der zur Übersetzung in der Lage gewesen wäre; aber im konkreten Fall stand eine solche Person nicht zur Verfügung. Der niederländische Bericht weist darauf hin, daß die Anwesenheit des Sohnes wohl schwerlich als Anzeichen einer angemessenen Information verstanden werden kann, und das Krankenhaus nach einer Alternative Ausschau hätte halten können, wie z.B. die Bereitstellung einer schriftlichen Information über die Operation und die mit ihr verbundenen Risiken.

Zusammenfassend: Im Fall 2 konnte das Krankenhaus die angemessene Informierung des Patienten nicht beweisen, da es nicht glaubhaft machen konnte, sich ausreichend bemüht zu haben, den Patienten in einer ihm verständlichen Sprache aufzuklären.

#### **e) Rechtzeitigkeit der Aufklärung**

Alle Länderberichtersteller sind offensichtlich darin einig, daß die Aufklärung zeitlich so zu erfolgen hat, daß dem Patienten noch eine fundierte Entscheidung darüber möglich ist, ob er sich auf die Untersuchung oder Behandlung einlassen will oder nicht. Im 1. Fall war die Patientin erst kurz vor dem Eingriff aufgeklärt worden (und nicht einmal dann in adäquatem Umfang). Das deutsche Gericht stellte in diesem Fall fest, daß die Patientin mit dem Beginn der Behandlung unmittelbar nach Erteilung der Einwilligung rechnen mußte, und durch die Annahme, es habe bereits ein Vorgang begonnen, der nicht mehr angehalten werden könne, unter Druck gesetzt wurde. Dieses Problem scheint im 2. Fall weniger bedeutsam zu sein, da der Patient und sein Sohn am Tag vor der Operation mit dem Arzt sprachen (aber auch hier war die Aufklärung möglicherweise angesichts der Sprachschwierigkeiten nicht ausreichend).

Der belgische Bericht weist darauf hin, daß ein Aufklärungsgespräch unmittelbar vor der Untersuchung nicht als rechtzeitig angesehen werden kann. Auch nach dem Schweizer Bericht könnte in Fall 1 die Information zu spät erteilt worden sein. Dieser Meinung scheinen auch die österreichischen Autoren zu sein.

#### **f) Konsequenzen mangelhafter Aufklärung**

Was die Fälle 1 und 2 betrifft, so sind die meisten Autoren der Länderberichte anscheinend der Meinung, daß nach ihrer Rechtsordnung eine mangelhafte Information als Verletzung der Pflicht zur Aufklärung anzusehen sei. Die naheliegende Frage, ob die Verletzung der Aufklärungspflicht in kausalem Zusammenhang mit dem vom Patienten erlittenen Schaden steht, ist unten noch zu erörtern. Ein weiteres Problem ist, ob die Haftung jedenfalls zu bejahen ist, wenn eine Untersuchung oder Behandlung ohne ausreichende Aufklärung und daher ohne wirksame Zustimmung zu diesem Eingriff in die körperliche Integrität durchgeführt wird. In der Tat führt nach den meisten Rechtsordnungen - es werden nur einige Beispiele genannt - eine Aufklärungspflichtverletzung grundsätzlich zur Haftung. Ferner zeigen einige Autoren auf, daß bei Fehlen einer wirksamen Einwilligung umfassend für alle nachteiligen Folgen der Behandlung einzustehen ist. Dabei wird unterstrichen, daß sich die Haftung auf alle tatsächlich eintretenden Schäden erstreckt, selbst wenn es nicht erforderlich war, gerade über diese Risiken aufzuklären. Das zuletzt genannte Problem spielte im Fall 1 eine wichtige Rolle. Es handelt sich dabei offensichtlich um einen Fall, in dem die Patientin über die Gefahr einer Lähmung hätte aufgeklärt werden müssen, sich jedoch ein anderes Risiko (epileptischer Anfall) realisierte. Wie bereits erwähnt, ist das deutsche Gericht der Meinung, daß der Radiologe die Patientin nicht ausreichend aufklärte (keine Information über das Lähmungsrisiko) und daher die gesamte Behandlung rechtswidrig war; es bejahte daher die Haftung des Krankenhauses, und zwar auch für das andere, sich realisierende Risiko (der Krampfanfall), über

das die Patientin nicht aufgeklärt werden mußte. Dies ist eine Konsequenz daraus, daß nach Ansicht vieler Länderberichterstatte, medizinische Tests oder Behandlungen grundsätzlich eine Verletzung der körperlichen Integrität des Patienten darstellen und daher rechtswidrig sind, wenn keine entsprechende Aufklärung und damit keine wirksame Einwilligung vorliegt. Fehlt diese Einwilligung, so ist daher die gesamte Behandlung als rechtswidrig anzusehen und es greift eine umfassende Haftung für jeglichen Folgeschaden ein. Dies ist, worauf der deutsche Länderbericht hinweist, eine Konsequenz des Rechtssatzes „*versari in re illicita*“: Wer sich rechtswidrig verhält, trägt das volle Risiko für alle Folgen<sup>60</sup>.

Mit einigen Abweichungen dürften sich die meisten Rechtsordnungen diesem Ergebnis anschließen. Das französische Recht scheint die Haftung wegen Unterlassung angemessener Aufklärung in beiden Fällen (1 und 2) anzuerkennen. Im belgischen, portugiesischen und niederländischen Recht folgt man dem Grundsatz, daß jede Behandlung ohne wirksame Einwilligung als rechtswidrig anzusehen ist. In den Niederlanden wird betont, daß im Falle unzureichender Aufklärung die Haftung selbst dann bejaht werden könnte, wenn – wie z. B. im Fall 1 – sich das Risiko, über das die Patientin hätte aufgeklärt werden müssen (Lähmung), sich nicht verwirklicht. Sogar dann, wenn kein Körperschaden entstanden sein sollte, könnte der Patient in den Niederlanden Ersatz für alle als Folge der Untersuchung erlittenen Schäden begehren. Auch nach österreichischem Recht greift im Fall 1 wegen der unzureichenden Aufklärung eine volle Haftung ein, selbst wenn sich tatsächlich eine andere Gefahr verwirklichte.

Ein etwas anderer Standpunkt wird für das englische Recht vertreten: Die Klage würde vermutlich mit der Begründung abgewiesen werden, daß der erlittene Schaden nicht im Schutzbereich der vom Beklagten verletzten Pflicht liege, obwohl auch Entscheidungen zitiert werden, die für eine Haftung in Fall 1 sprechen. Die Behandlung an sich sei nicht rechtswidrig, es sei denn der Patient begreife nicht einmal im allgemeinen, worum es geht. Obwohl eine Haftung für Fahrlässigkeit wegen Unterlassung der Aufklärung bestehen könnte, scheint nach englischem Recht das Ergebnis ungewiß zu sein. Nach der Lektüre des englischen Berichts hielten die niederländischen Berichterstatte den englischen Standpunkt für eine elegante Lösung.

Interessanterweise verfolgt das portugiesische Recht eine ähnliche Linie. Da die Gefahr, die sich realisierte, nicht die Gefahr ist, über die hätte aufgeklärt werden müssen, würde ein portugiesischer Richter die Haftung verneinen, da der Schutzzweck nur jene Risiken umfaßt, vor denen der Arzt hätte warnen müssen<sup>61</sup>.

60 In Portugal stellt ein medizinischer Eingriff ohne Einwilligung eine Straftat dar

61 Dies wird jedoch im portugiesischen Bericht als Kausalitätsproblem diskutiert

### g) Kausalität

Schon ganz allgemein bereitet die Kausalitätsfrage Schwierigkeiten. Geht es um Behandlungsfehler, so kommt noch hinzu, daß die Verursachung des gegenwärtigen Gesundheitszustandes des Patienten durch die Fehlbehandlung zu beweisen ist. Angesichts der Tatsache, daß der Gesundheitszustand der Patienten regelmäßig schon schlecht war, stellt die Voraussetzung des Kausalzusammenhanges häufig das Hauptproblem dar. Die Schwierigkeiten werden manchmal sogar noch größer sein, wenn das Fehlverhalten in der Unterlassung der erforderlichen Information liegt. Üblicherweise wird in derartigen Fällen der Kausalzusammenhang in der Weise geprüft, daß die Frage gestellt wird, ob der Patient die Untersuchung oder Behandlung fortgesetzt hätte, wenn er ausreichend über die spezifischen Risiken informiert worden wäre. Auch hierbei spielt der ursprüngliche Gesundheitszustand des Patienten eine wichtige Rolle.

Bei der Kausalitätsfrage weisen die Rechtsordnungen größere Unterschiede auf. Das deutsche Gericht behandelt in den Fällen 1 und 2 die Kausalitätsvoraussetzung verhältnismäßig großzügig. Im Fall 1 wird der Patientin voller Ersatz des Schadens zugesprochen, offensichtlich unter der Annahme, daß die Patientin die Untersuchung nicht auf sich genommen hätte und daher auch nicht den Schaden erlitten hätte, wenn sie ausreichend informiert worden wäre<sup>62</sup>. Im Fall 2 erkennt das deutsche Gericht, daß ein Kausalzusammenhang nicht leicht nachweisbar ist, da sich der iranische Patient bereits in einem ziemlich schlechten Gesundheitszustand befand, als er ins Krankenhaus kam. Er hatte vor dem Eingriff eine Myelopathie mit paraplegischen Symptomen; starke Schmerzen in den Beinen, Schwierigkeiten beim Treppensteigen und mußte zeitweilig Krücken benutzen. Es stellt sich daher die Frage, ob der Patient nicht jedenfalls den Eingriff durchführen hätte lassen, selbst wenn er angemessen über die Risiken informiert worden wäre. Das deutsche Gericht meint, es erscheine nicht völlig unwahrscheinlich, daß der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre. Daher wird auch ihm voller Ersatz zugesprochen.

Der französische Lösungsansatz wäre anders gewesen. Im Falle einer nicht ausreichenden Aufklärung gäbe es keinen vollen Schadenersatz; das Gericht hätte erwogen, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Patient die unheilvolle Behandlung abgelehnt hätte, wäre er ausreichend informiert worden. Wenn die Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, so wird dem Patienten wegen des Verlustes der Chance, die zum Schaden führende Behandlung abzulehnen, ein Teil des Schadens ersetzt. Die Höhe der Chance hängt ausschließlich von den Umständen ab. Da die Patientin unter starken Schmerzen und Blasenproblemen gelitten hatte, meint der französische Berichterstatter in Fall 1, daß sie voraussichtlich der Myelographie selbst dann zugestimmt hätte, wenn sie angemessen über das Lähmungsrisiko informiert worden wäre. Anders als nach der deutschen Entscheidung, würde daher die Klägerin in Frankreich nicht

---

<sup>62</sup> Das genaue Ergebnis stand noch nicht zur Verfügung, weil der BGH den Fall zurückverwiesen hatte

voll entschädigt werden, sondern nur teilweise, und zwar entsprechend der Wahrscheinlichkeit, mit der sie die Behandlung bei ordnungsgemäßer Information abgelehnt hätte. Was den 2. Fall betrifft, so würde das französische Recht den Umstand berücksichtigen, daß der Patient bereits an paraplegischen Symptomen litt. Selbst wenn er ausreichend informiert worden wäre, hätte er wahrscheinlich der Operation zugestimmt, da er jedenfalls das Risiko einer Lähmung einging. Die französische Länderberichterstatterin ist der Meinung, daß dem Patienten in diesem Fall vermutlich ca. 50 % des entstandenen Schadens ersetzt worden wären.

Der französische Ansatz des „Verlustes einer Chance“, die zum anteilmäßigen Ersatz führt, scheint auch im belgischen und niederländischen Arzthaftungsrecht Gefolgschaft zu finden. Auch der niederländische Bericht unterstreicht zwar, der Fehler des behandelnden Arztes müsse **conditio sine qua non** des Schadens sein. Bei unsicherem Kausalzusammenhang würde jedoch in den Niederlanden die Theorie des Verlusts einer Chance herangezogen werden, obwohl der niederländische Hoge Raad sich bisher noch nicht zur Zulässigkeit dieser Lehre geäußert hat. Im Fall von Verletzungen der Aufklärungspflicht wird der Richter fragen, ob der Patient eine andere Entscheidung getroffen hätte, wäre er ausreichend informiert worden. Eine Entschädigung für den Verlust der Chance ist möglich.

Diese Theorie, die beim „Verlust einer Chance“ ansetzt, wird jedoch nicht in allen Rechtsordnungen anerkannt. So muß nach englischem Recht der Patient beweisen, daß er die Untersuchung oder Behandlung nicht fortgesetzt hätte, wäre er ausreichend informiert worden. In England wird damit - im Gegensatz zu Frankreich - eher eine „Alles-oder-nichts-Lösung“ vertreten: Der Kläger hat unter Abwägung der Wahrscheinlichkeiten nachzuweisen, daß er die Behandlung abgebrochen hätte, wenn er entsprechend informiert worden wäre. Kann der Patient den Beweis erbringen, so gebührt ihm voller Ersatz. Der englische Ansatz weicht demnach vom deutschen ab, da der Patient den Beweis zu erbringen hat, während in Deutschland die Beweislast umgekehrt ist; das englische Recht unterscheidet sich aber auch vom französischen, da die Lösung des Kausalitätsproblems „alles oder nichts“ lautet und es keine Anteilshaftung kennt, die sich aus der französischen Theorie vom „Verlust einer Chance“ ergibt.

Die englische Lösung der Kausalitätsfrage scheint mit jener in Österreich und der Schweiz übereinzustimmen. Der österreichische Bericht deutet darauf hin, daß es keine Haftung wegen nicht ausreichender Aufklärung gäbe, wenn sich herausstellt, der Patient hätte der Untersuchung oder Behandlung auch dann zugestimmt, wenn er ausreichend informiert worden wäre. In diesem Fall würde der Beweis eines kausalen Zusammenhanges mißlingen. Ob dies gerade für Fall 1 zutreffen würde, ist nicht klar. Das österreichische Recht berücksichtigt den ursprünglichen Gesundheitszustand des Patienten, was offensichtlich für Fall 2 relevant ist. In diesem Fall würde das österreichische Recht jedoch eine Schadensteilung vorsehen, ausgehend von der Annahme, daß sich der Gesundheitszustand des Patienten früher oder später genauso verschlechtert hätte wie nach der Operation. Nach österreichischem Recht würde der Arzt nur

dafür haften, daß die Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten als Folge des Eingriffs früher eintrat, als beim natürlichen Verlauf der Krankheit. Die Haftung beschränkt sich dann auf die Erhöhung des Schadens, das heißt den Nachteil, der in dem Zeitraum zwischen der Operation und dem Zeitpunkt, zu dem die Querschnittslähmung auch ohne Operation eingetreten wäre.

In Österreich sowie in der Schweiz trägt der Behandelnde die Beweislast dafür, daß der Patient dem Eingriff auch dann zugestimmt hätte, wenn er ausreichend informiert worden wäre. Nach dem Schweizer Bericht muß hingegen der Patient es zumindest glaubhaft machen, daß er der Untersuchung oder der Behandlung nicht zugestimmt hätte, wäre er angemessen über die Risiken aufgeklärt worden.

Während die meisten Rechtsordnungen darin übereinstimmen, daß in beiden Fällen eine Verletzung der Aufklärungspflicht gegeben sein dürfte, treten erhebliche Abweichungen dann auf, wenn es um den Beweis des kausalen Zusammenhanges zwischen dieser Pflichtverletzung und dem erlittenen Schaden geht. Die Unterschiede betreffen hauptsächlich die Frage, wie sich die bei Berücksichtigung des ursprünglichen Gesundheitszustandes des Patienten auftretenden Zweifel über den Kausalverlauf auf den Ersatzanspruch des konkreten Patienten auswirken. Diese Unterschiede sind ganz offensichtlich nicht nur für das Arzthaftungsrecht wichtig, sondern für das gesamte Schadenersatzrecht.

Wir werden nun auf der Grundlage der Länderberichte versuchen, einen kurzen Überblick über die möglichen Ergebnisse in den Fällen 1 und 2 zu geben und zu zeigen, inwiefern diese von den deutschen Entscheidungen, auf deren Grundlage diese Studie erstellt wurde, abweichen. Es ist darauf hinzuweisen, daß nicht alle Autoren eindeutige Aussagen gemacht haben, da dies offenbar nicht immer möglich war. In manchen Ländern gibt es für eine klare Antwort keine ausreichende Rechtsprechung, in anderen Ländern geht die Rechtsprechung in verschiedene Richtungen.

#### **h) Ergebnisse im Fall 1**

Das deutsche Gericht bejahte die Haftung der Beklagten, setzte jedoch selbst nicht die Ersatzsumme fest. Es ist jedoch klar zu erkennen, daß das Gericht von einer vollen Haftung für den Schaden ausgeht, der durch die ohne ausreichende Aufklärung durchgeführte Untersuchung hervorgerufen wurde. Die Patientin hatte Schmerzensgeld in Höhe von 150.000,-- - 200.000,-- DM (76.693 - 102.258 EUR) eingeklagt. Da der BGH den Fall zurückverwies, entschied er nicht über das gebührende Schmerzensgeld; das Begehren war jedenfalls – wie der deutsche Berichterstatter hervorhebt – selbst für deutsche Verhältnisse außergewöhnlich hoch.

Wie schon erwähnt, wäre in Frankreich zwar ebenfalls die Fahrlässigkeit bejaht worden, die zu zahlenden Summen wären jedoch viel niedriger: Nach Ansicht des französischen Berichterstatters würde ein französisches Gericht wohl davon

ausgehen, daß die Patientin in Anbetracht ihres Gesundheitszustandes möglicherweise einer Operation zugestimmt hätte, selbst wenn sie vorher angemessen über die Risiken aufgeklärt worden wäre. Es ginge daher bloß um den Verlust einer relativ geringen Chance, den Schaden zu vermeiden.

Ein ähnliches Ergebnis dürfte in Österreich erzielt werden, wo man ebenfalls die Aufklärung für unzureichend hält. Das österreichische Höchstgericht würde in einem derartigen Fall zusätzlich zum Ersatz des materiellen Schadens ein Schmerzensgeld zusprechen. Der im österreichischen Bericht erwähnte Betrag<sup>63</sup> ist jedoch viel niedriger, als der im deutschen Fall eingeklagte Betrag.

Nach schweizerischem Recht wäre die gesamte Untersuchung angesichts der unzureichenden Einwilligung als rechtswidrig beurteilt worden; die Lösung des Kausalitätsproblems bleibt jedoch unklar. Die Patientin hat zu beweisen, daß sie der Untersuchung nicht zugestimmt hätte, wäre sie entsprechend aufgeklärt worden.

Nach niederländischem Recht wäre das Krankenhaus und/oder der Arzt für jenen Schaden haftbar, der durch die unzureichende Aufklärung hervorgerufen wurde, wobei die Patientin wegen des Verlusts einer Chance zumindest Ersatz für einen Teil des Schadens begehren könnte.

Nach belgischem Recht hätte die Patientin vermutlich keinerlei Anspruch auf Schadensersatz, da der belgische Bericht den Standpunkt vertritt, daß Patienten nur über die normalen Risiken der Behandlung aufgeklärt werden müssen. Der belgische Bericht beruft sich ferner darauf, daß die Patientin nicht in der Lage wäre zu beweisen, daß sie sich bei gehöriger Information in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte.

Der englische Bericht zeigt, daß auch nach englischem Recht vermutlich keine Haftung gegeben wäre, da sich ein anderes Risiko realisierte als das, über das hätte aufgeklärt werden müssen.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man in Portugal. Zudem weist der portugiesische Bericht darauf hin, daß bei einer Bejahung der Haftung, das Schmerzensgeld jedenfalls erheblich unter den im deutschen Fall beehrten Beträgen läge (nämlich 50.000,-- DM (25.565 EUR) anstatt 200.000,-- DM (102.258 EUR)).

Wie sich aus dem Bericht ergibt, würde auch in Schweden bloß eine zwischen 31.700,-- und 38.800,-- DM (16.208 und 19.838 EUR) liegende Summe gezahlt werden.

Es zeichnen sich somit deutliche Unterschiede in den Ergebnissen ab, die sowohl auf die Frage, ob überhaupt die Verantwortlichkeit zu bejahen ist, als auch auf das Kausalitätsproblem zurückzuführen sind, und die ferner die Höhe des Ersatzes betreffen.

<sup>63</sup> siehe auch Entscheidungen, die im österreichischen Bericht erwähnt sind



**i) Fall 2**

Das deutsche Gericht sprach als Schmerzensgeld 200.000,-- DM (102.258 EUR) nebst 4% Zinsen zu, außerdem stellt das Gericht fest, daß die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und künftigen immateriellen Schäden zu ersetzen, die mit der Operation in ursächlichem Zusammenhang stehen. Die Höhe des Schmerzensgeldes entspricht nach Ansicht des deutschen Berichterstatters den in derartigen Fällen üblichen Beträgen.

Auch in den meisten anderen Rechtsordnungen käme man in diesem Fall zu dem Schluß, daß wegen des Sprachproblems keine wirksame Einwilligung des Patienten vorlag und daher eine Haftung besteht. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen wurden bereits oben diskutiert. Auch die letztlich zu zahlenden Beträge können voneinander abweichen. So wurde im Länderbericht darauf hingewiesen, daß dies nach französischem Recht ein typischer Fall wäre, in dem der Patient 50% seines Schadens einklagen könnte. Auch nach dem österreichischen Bericht deutet der ursprüngliche (schlechte) Gesundheitszustand des Patienten darauf hin, daß kein voller Ersatz zu leisten ist. Darüber hinaus wird darauf aufmerksam gemacht, daß das Schmerzensgeld deutlich niedriger ausfallen würde als in Deutschland. Auch in Portugal läge das Schmerzensgeld erheblich unter 200.000,-- DM (102.258 EUR). Eine Ausnahme bildet England: Bei einer vollständigen Lähmung würden dem Patienten 300.000,-- DM (153.388 EUR) zugesprochen, obgleich ein Abzug wegen des bereits vorher bestehenden Gebrechens erforderlich sein könnte. In Schweden betrüge die Entschädigung für die dauernde Beeinträchtigung 41.700,-- DM (21.321 EUR).

**2. Fälle 3-6: Behandlungsfehler**

**a) Eine kurze Zusammenfassung des Inhalts der Fälle**

**Fall 3** ist einer der vielen Geburtsfehlerfälle mit überaus tragischen und finanziell schwerwiegenden Konsequenzen: Die Klägerin wurde am 1. Dezember 1992 um 15.55 Uhr komplikationslos geboren. Am nächsten Tag setzte bei der Mutter der Klägerin Fieber ein und bakteriologisch konnte nachgewiesen werden, daß die Geburtswege mit Streptokokken besiedelt waren. Am selben Tag, dem 2. Dezember 1992, traten um ungefähr 22.30 Uhr bei der Klägerin selbst Probleme bei der Atmung auf. Um 23.40 Uhr bekam sie einen Krampfanfall. Am nächsten Tag, dem 3. Dezember, um ungefähr 1.15 Uhr morgens erlitt die Klägerin erneut einen Krampfanfall. Um 2.30 Uhr wurde sie auf die Kinderklinik verlegt, wo die erforderliche antibiotische Therapie begonnen wurde. Die endgültige Diagnose lautete: B-Streptokokken-Sepsis mit Meningitis; die Folge war, daß die Klägerin unter schweren Funktionsstörungen des Gehirns litt.

Laut Aussage der vom Gericht bestellten Sachverständigen wurde die Klägerin zu spät in die Kinderklinik überwiesen und ihrer Meinung nach könne es zwar

nicht bewiesen, aber doch mit guten Gründen angenommen werden, daß der Schaden nicht oder minder schwer aufgetreten wäre, wenn das Baby rechtzeitig in die Kinderklinik verlegt worden wäre. Die Sachverständigen betonten aber, daß im nachhinein eine sichere Beurteilungsgrundlage fehle, ob eine rechtzeitige Verlegung den Krankheitsverlauf wesentlich beeinflussen hätte können.

Das Gericht hielt die Entscheidung, das Baby nicht eher in die Kinderklinik zu verlegen, für grob fehlerhaft und billigte der Klägerin bei dem von ihr grundsätzlich zu führenden Nachweis der auf Behandlungsfehler zurückzuführenden Lebensbeeinträchtigungen Beweiserleichterungen zu. Die Beklagten hätten nicht den Nachweis geführt, daß sich die Krankheitsentwicklung und der Krankheitsverlauf der Klägerin durch rechtzeitige medizinische Maßnahmen nicht hätten beeinflussen lassen. Da ein schwerer Behandlungsfehler vorliege, gingen die Zweifel bezüglich des Kausalzusammenhanges zu Lasten der Beklagten, und diese seien verpflichtet, ein Schmerzensgeld in Höhe von 500.000,-- DM sowie weitere Beträge für Vermögensschäden zu zahlen. Außerdem werden den Sozialversicherungsträgern beträchtliche Ersatzansprüche zuerkannt.

**Fall 4** handelt von einem Patienten, der sich einer Hüftoperation unterzog, während der er im rechten Arm einen Infusionszugang hatte. Nach der Operation litt der Patient unter einer inkompletten Plexusparese des rechten Arms. Ein Sachverständigenteam untersuchte sowohl die gewählte Lagerungsmethode als auch die Positionierung der Infusion sowie den Abduktionswinkel. Die Lagerungsmethode wurde als korrekt angesehen, aber nach Aussage der Sachverständigen hätte ein Abduktionswinkel von 70%-80% ausgereicht, wogegen vermutlich ein Abduktionswinkel von 90% gewählt worden war. Aufgrund fehlender Dokumentation könne jedoch nicht gesagt werden, welcher Winkel tatsächlich gewählt wurde. Das deutsche Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß die Plexusparese des rechten Arms durch die unsachgemäße Lagerung verursacht worden sein müsse, da keine anderen Gründe für den entstandenen Schaden ersichtlich sind. Daher sei die Beweislast umgekehrt und das Krankenhaus müsse den Beweis erbringen, daß die Verletzung durch eine andere Ursache ausgelöst wurde. Außerdem fehle eine Dokumentation der Lagerungsart, die Details bezüglich des Abduktionswinkels liefern könnte. Nach Ansicht des deutschen Gerichts wirkt sich dieser Dokumentationsmangel zum Nachteil der Beklagten aus und es spricht dem Patienten daher ein Schmerzensgeld in Höhe von 50.000,-- DM und für die materiellen Schäden einen Ersatz von 60.000,-- DM, also insgesamt 110.000,-- DM (56.242 EUR) zu.

**Fall 5** betrifft wiederum einen Geburtsfehler: Bei der Mutter des Klägers wurde zweimal täglich im Krankenhaus der Beklagten eine CTG-Kontrolluntersuchung durchgeführt, nicht jedoch permanent. Es wurde ein Kaiserschnitt vorgenommen. Der Kläger leidet an Hirnschädigungen, offenbar aufgrund eines akuten Sauerstoffmangels im Mutterleib. Er macht geltend, daß dies durch eine permanente CTG-Überwachung, die den Sauerstoffmangel anzeigt, hätte verhindert werden können. Die vom Gericht bestellten Sachverständigen befanden, daß der Kaiserschnitt früher hätte durchgeführt werden müssen oder daß zumindest eine kontinuierliche CTG-Überwachung hätte stattfinden müssen.

Wiederum bejahte das deutsche Gericht die Haftung der Beklagten wegen eines Behandlungsfehlers, und zwar aus den von den Sachverständigen dargelegten Gründen (zu späte Durchführung des Kaiserschnitts und Unterlassung der ständigen CTG-Überwachung). Das Krankenhaus wandte ein, daß kein weiterer CTG-Schreiber zur Verfügung stand, das Gericht wertete dies jedoch zu Lasten der Beklagten: Es liege eine Verletzung vertraglicher Pflichten vor, wenn keine ausreichende technische Ausrüstung vorhanden sei. Das vom deutschen Gericht gefällte Urteil spricht Beträge für die erlittenen Schmerzen, für die materiellen Schäden sowie für die Ansprüche der Sozialversicherungsträger zu.

**Fall 6** behandelt einmal mehr einen Geburtsschaden. Die Mutter des Klägers kam am 7.2.1985 in die Geburtshilfe-Abteilung des Krankenhauses und wurde gegen 8 Uhr aufgenommen. Um 8.30 Uhr wurde ein CTG angelegt; der CTG-Streifen ist allerdings nicht mehr auffindbar. Eine weitere CTG-Untersuchung fand gegen 9 Uhr statt, und zwar in Anwesenheit der Hebamme. Die Hebamme informierte die Drittbeklagte. Nachdem diese die Mutter untersucht hatte, informierte sie den Viertbeklagten (diensthabender Oberarzt). Dann wurde festgestellt, daß es keine kindlichen Herztöne mehr gab und es wurde eine „eilige Sectio“ durchgeführt. Wegen fehlender Herzaktionen wurde der Kläger nach der Sectio reanimiert. Als Folge zeigen sich beim Kläger starke körperliche und geistige Behinderungen.

Die Gerichtssachverständigen sind der Auffassung, daß die Hebamme den 2. CTG Streifen (von 9.00 Uhr) zu positiv bewertet hat. Nach Aussage der Sachverständigen entstanden die Probleme durch eine vollständige Plazentaablösung, die sich jedoch nicht vor 9.30 Uhr ereignete. Der dadurch herbeigeführte Sauerstoffmangel könnte nach Ansicht der Sachverständigen durchaus die schwere zerebrale Schädigung verursacht haben.

Das deutsche Gericht ging davon aus, daß das Krankenhaus verpflichtet ist, die vollständigen Behandlungsunterlagen mindestens zehn Jahre aufzubewahren. Daher gehe es zu Lasten des Krankenhauses, wenn es den ersten CTG-Streifen nicht vorlegen könne. Dies sei entscheidend, da eine Fehlinterpretation, wie sie der Hebamme beim 2. CTG-Streifen unterlaufen ist, möglicherweise auch schon beim 1. CTG Streifen unterlief. Daher macht das Gericht das Krankenhaus für alle entstandenen Schäden haftbar, die Klage gegen die Hebamme und die anderen Beklagten wird hingegen abgewiesen.

## **b) Ärztliche Sorgfaltspflichten**

In den Fällen 3-6 ist eine ganze Reihe von Fragen aus dem Bereich der Arzthaftung von Bedeutung. Eine der Schlüsselfragen in jedem dieser Fälle geht offensichtlich dahin, nach welchem Maßstab das berufliche Verhalten der Ärzte zu beurteilen ist. Auch wenn die Formulierung dieser Maßstäbe in den einzelnen Ländern gewisse Abweichungen aufweisen kann, gibt es auffällig wenig Unterschiede zwischen den Ländern, soweit es um die Beantwortung der Frage geht, ob ein ärztliches Fehlverhalten im konkreten Fall vorlag. Einer der Gründe für diese scheinbare

Übereinstimmung in den diskutierten Fällen (wenigstens soweit es um die Beurteilung des Fehlverhaltens geht) liegt wohl darin, daß Sachverständigenaussagen vorlagen, die eine Verletzung der rechtlich maßgeblichen Standards durch die Beklagten deutlich machten: Wie man sieht, sind viele Länderberichtersteller darin einig, daß sich die Richter weitestgehend auf die Sachverständigenaussagen verlassen, soweit es um die Beurteilung der Frage geht, ob der Beklagte im konkreten Fall die beruflichen Sorgfaltspflichten verletzt hat.

Soweit es um die abstrakte Festlegung der ärztlichen Sorgfaltspflichten geht, gibt es zumindest auf dem Papier einige Unterschiede. In den Niederlanden sind die Sorgfaltspflichten gesetzlich umschrieben. Artikel 7:453 des niederländischen bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt ausdrücklich, daß ein Arzt bei der Ausübung seiner Tätigkeit jenes Maß an Sorgfalt aufwenden muß, das von einem gewissenhaften Mediziner erwartet werden kann, und daß er mit der Sorgfalt zu handeln hat, die sich aus den ärztlichen Berufsstandards ergibt. Eine ähnliche Formulierung findet man in Frankreich, wo festgelegt wird, daß ein Arzt seinen Patienten gewissenhaft, aufmerksam und entsprechend dem neuesten Stand der medizinischen Wissenschaft behandeln muß.

Interessanterweise gehen die meisten der in den Länderberichten diskutierten Rechtsordnungen von einer Verschuldenshaftung für ärztliche Fehlbehandlungen aus, wobei das Verschulden im Nichteinhalten des geforderten beruflichen Standards besteht. In Frankreich wurde jedoch in einigen Entscheidungen der Cour de Cassation aus dem Jahre 1999 eine verschuldensunabhängige Haftung der Ärzte und Krankenhäuser für iatrogene Infektionen anerkannt. In Belgien wird die Frage gestellt, ob der Arzt die angemessene Sorgfalt und dem Stand der Wissenschaft entsprechende Fachkenntnisse angewandt hat. Es wird dort analysiert, ob der Arzt als umsichtiger und fachkundiger Mediziner gehandelt hat.

In Österreich wird ein objektiver Sorgfaltsstandard herangezogen, der dem von einem sorgfältigen Fachmann angewandten Maß an Sorgfalt entspricht<sup>64</sup>. Es wird daher geprüft, ob der behandelnde Arzt jenes Maß an Sorgfalt aufgebracht hat, das von einem sorgfältigen Kollegen aus demselben Fachgebiet und mit derselben Erfahrung erwartet werden kann.

Ähnliche Formulierungen zur Beschreibung des ärztlichen Sorgfaltsmaßstabes können in den anderen Länderberichten gefunden werden. Wenn die Fakten des Falles klar sind, bildet jedoch – wie schon zuvor erwähnt wurde – der Inhalt der Sorgfaltspflichten kein entscheidendes Problem. Es kann diesbezüglich z.B. auf Fall 6 hingewiesen werden, in dem das deutsche Gericht mehrfach festhält, daß die Hebamme allgemeine geburtshilfliche Regeln verletzte, die besagen, daß ein Arzt beizuziehen ist, sobald ein CTG auffällig ist (das gleiche wurde auch im österreichischen Bericht erwähnt).

<sup>64</sup> (ref. 121 § 1299 abgb) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

### c) Finanzielle Grenzen als Entschuldigung?

Eine Frage, die ganz offenkundig eingehend diskutiert werden muß, geht dahin, wie eine Verletzung der ärztlichen Sorgfalt nachgewiesen werden kann. Es gibt jedoch einen interessanten Aspekt betreffend den Inhalt der Berufspflichten, auf den an dieser Stelle einzugehen ist. Es geht um die Frage, ob von jenen, die medizinische Dienstleistungen erbringen, die Einhaltung der beruflichen Sorgfalt um jeden Preis verlangt werden kann. Diese Frage hat in Anbetracht der erhöhten technischen Möglichkeiten der modernen Medizin in der Literatur bereits einige Aufmerksamkeit gefunden. Es gibt nun viel mehr technische Behandlungsmöglichkeiten als zuvor, aber der Preis dafür ist ebenfalls sehr hoch. Daher stellt sich die Frage, ob es als rechtswidrig angesehen werden kann, wenn ein bestimmter Patient eine besondere, aber auch sehr kostspielige Behandlung nicht erhält.

Dieses Thema spielt besonders in Fall 5 eine Rolle, wo das Krankenhaus einwandte, daß man ihm die Unterlassung einer dauernden CTG-Überwachung nicht vorwerfen könne, da kein weiterer CTG-Apparat zur Verfügung stand. Können die begrenzten finanziellen und technischen Ressourcen einen Entschuldigungsgrund abgeben?

Die Länderberichte, die dieses Thema behandeln, verneinen dies gewöhnlich. Im niederländischen Bericht wird betont, daß das Gericht in solchen Fällen die Frage zu beantworten hat, welche technischen Möglichkeiten ein angemessen ausgestattetes Krankenhaus zumindest zur Verfügung haben sollte. Zudem legte im Fall 5 das Krankenhaus nicht dar, warum die vorhandenen CTG-Geräte so verteilt werden mußten, daß man bei der Mutter des Klägers keine CTG-Messung vornehmen konnte. In diesem besonderen Fall war die Entschuldigung daher verhältnismäßig schwach. Der französische Bericht erwähnt, daß dann, wenn kein CTG-Gerät zur Verfügung gestellt werden konnte, das Krankenhaus auf jeden Fall wegen Unfähigkeit der Belegschaft oder einem Organisationsmangel haftbar gemacht würde. Eine nicht ausreichende Anzahl an CTG-Geräten wäre daher nach französischem Recht eine Verletzung der das Krankenhaus treffenden Sorgfaltspflichten. In Österreich werden hingegen ziemlich offenkundig bei der Beurteilung, ob eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt wurde, die finanziellen Grenzen berücksichtigt<sup>65</sup>. Interessanterweise diskutiert der englische Bericht das Thema, ob finanzielle Engpässe (z.B. in großen öffentlichen Krankenhäusern) als Entschuldigung für das Nichtvorhandensein bestimmter technischer Geräte dienen können. Es wird eine Entscheidung zitiert, in der anscheinend anerkannt wird, daß die finanziellen Grenzen gewisse Einschränkungen der Möglichkeiten für medizinische Behandlung nach sich ziehen (es ging allerdings nicht um eine Fehlbehandlung im eigentlichen Sinn). Der englische Berichterstatter wendet sich jedoch gegen jeglichen Versuch, dies zu einer allgemeinen Entschuldigung

---

65 Siehe H. Koziol, Österreichisches Haftungspflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil (3. Auflage 1997), 41/32

bei knappen Ressourcen auszuweiten und meint, ein Krankenhaus habe dafür zu sorgen, daß es bei Diensten und Einrichtungen jenes Niveau anbiete, das für ein Krankenhaus angemessen ist, das derartige Behandlungen anbiete. Was den Fall 5 betrifft, so meint auch der englische Berichterstatter, daß nicht geklärt sei, warum das betreffende Krankenhaus die vorhandenen CTG-Geräte nicht so einsetzen konnte, daß die Mutter der Klägerin in den Genuß dieser Geräte kam. Fall 5 scheint daher eher ein Fall zu sein, in dem das Krankenhaus die Prioritäten für den Einsatz der Ausrüstung nicht richtig setzte und nicht einer, in dem wegen finanzieller Engpässe kein Gerät zur Verfügung stand. Die niederländischen Berichterstatter schlagen diesbezüglich vor, den Maßstab eines angemessen vorsichtigen und ausgerüsteten Krankenhauses anzulegen, ganz im Sinne des Beispiels vom „bonus pater familias“.

#### **d) Beweislast bezüglich einer Sorgfaltspflichtsverletzung**

Wie schon oben angesprochen, haben die in die Diskussion einbezogenen Rechtsordnungen in den meisten Fällen geringe Probleme bei der Feststellung des angemessenen medizinischen Standards. Diese Entscheidung stützt sich häufig auf die Gutachten medizinischer Fachleute. Schwierigkeiten können allerdings dann auftreten, wenn es um die Frage geht, ob ein bestimmter Arzt in einem bestimmten Fall die ärztlichen Sorgfaltspflichten mißachtet hat. Auch dies stellt jedoch normalerweise kein Problem dar, wenn der Sachverhalt völlig klar ist (siehe etwa Fall 5, in dem sich die Sachverständigen einig sind, daß eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht vorliegt, da die Sectio zu spät durchgeführt wurde und die Mutter nicht ständig mittels CTG überwacht wurde). Schwierigkeiten treten besonders dann auf, wenn der Sachverhalt nicht geklärt ist, wie z.B. im Fall 4. Dann stellt sich die Frage, wer die Last des Beweises einer Verletzung (oder Einhaltung) der Sorgfaltspflichten trägt. Das besondere Problem des Falles 4 lag darin, daß es keine Dokumentation über die Positionierung des Katheters und den gewählten Abduktionswinkel gab. Dies ist eine besonders schwierige Situation für den Patienten, da er keinen Beweis eines Fehlverhaltens der Ärzte hat, so daß völlig unklar bleibt, ob sein gegenwärtiger Gesundheitszustand die Folge eines Behandlungsfehlers ist oder sie einen anderen Grund hat (das Letztere ist offensichtlich auch ein Problem des kausalen Zusammenhanges).

Einige Rechtsordnungen, wie auch die deutsche in Fall 4, scheinen dem Patienten bei dem von ihm zu führenden Beweis eines Behandlungsfehlers weit entgegenzukommen. Im niederländischen Recht geht man zwar von der Regel aus, daß das Opfer seinen Anspruch zu beweisen habe; es wird jedoch auch ein ergebnisorientierter Ansatz gewählt. Die niederländischen Autoren argumentieren damit, daß der Schaden (plexus paresis) kurz nach der Operation auftrat und solche Schäden allem Anschein nach nicht von selbst entstehen; es sei daher die Annahme zulässig, daß der Schaden durch einen Kunstfehler bei der Operation verursacht wurde. Das gelte um so mehr, als der Patient während der Operation unter Narkose war und daher keine Möglichkeit hat herauszufinden, wie der Schaden entstanden sein könnte. Einen ähnlich patientenfreundlichen Ansatz in

bezug auf die Beweislast findet man im französischen Recht. Der französische Bericht führt aus, daß formell gesehen die Beweislast bezüglich des Verschuldens nach wie vor beim Kläger liege, jedoch die Gerichte den Patienten helfen, indem sie eine Beweisführung auf Basis von Tatsachenvermutungen akzeptieren. Darüber hinaus kann ein französisches Gericht zunächst die Eliminierung jeder anderen Möglichkeiten als der eines Behandlungsfehlers prüfen und nach deren Ausschluß zur Überzeugung gelangen, daß der Schaden durch den Behandlungsfehler verursacht sein muß. Der französische Bericht weist allerdings darauf hin, daß dieser „preuve par exclusion“ im konkreten Fall wahrscheinlich nicht helfen würde, da offen blieb, ob der Schaden nicht von einer Prädisposition des Patienten herrührt.

Obwohl andere Formulierungen verwendet werden, kann der englische Ansatz „res ipsa loquitur“ dem Patienten im konkreten Fall gleichermaßen helfen. Die Grundidee ist, daß der Patient sich darauf berufen könne, daß sich ein Unglücksfall wie der vorliegende normalerweise nur bei Fahrlässigkeit ereigne. Dies führt zu einer Vermutung, die der Beklagte widerlegen kann, indem er nachweist, daß der Schaden tatsächlich auf einer anderen Ursache beruht. Obwohl es in England keine förmliche Beweislastumkehr wie in Deutschland und den Niederlanden gibt, kann die patientenfreundliche „res ipsa loquitur“-Regel zum gleichen Ergebnis führen. Der Patient muß nicht den formellen Nachweis der Verletzung einer Sorgfaltspflicht führen; es reicht aus, daß er auf das Ergebnis hinweist und aufzeigt, daß derartige Folgen in aller Regel nicht ohne Fahrlässigkeit eintreten.

Dieser Weg, den Kläger durch Tatsachenvermutungen zu unterstützen, wurde auch in einigen Schweizer Entscheidungen eingeschlagen, allerdings wird dies für sehr diskussionsbedürftig angesehen. Die Schweiz scheint den Tatsachenvermutungen sehr zurückhaltend gegenüberzustehen, da diese zu einer „probatio diabolica“ für das Krankenhaus oder den Arzt führen könnten. Das portugiesische Recht geht demgegenüber entsprechend Artikel 799 des bürgerlichen Gesetzbuches von einer Verschuldensvermutung aus.

Die Erörterung des Falles 4 im österreichischen Bericht zeigt, daß in Österreich – im Gegensatz zu Deutschland – nach wie vor der Nachweis eines Fehlers, und zwar im Sinne eines widerrechtlichen Verhaltens des Arztes, erforderlich ist. Im konkreten Fall gibt es keinen Beweis eines derartigen Fehlers. Dennoch würde in Fall 4 auch nach österreichischem Recht das Krankenhaus haften, aber aus einem anderen Grund, nämlich wegen der fehlenden Dokumentation.

#### **e) Fehlende Dokumentation**

Tatsächlich war einer der entscheidenden Punkte im Fall 4 der Umstand, daß das Krankenhaus weder über die Art der Lagerung noch über den Abduktionswinkel Aufzeichnungen führte. Die österreichischen Autoren waren der Meinung, daß das Fehlen einer angemessenen Dokumentation zu einer Beweislastumkehr führen könnte. Auch in den Niederlanden vertritt man zu Fall

4 die Auffassung, daß das Krankenhaus die Lagerungsart und die Details des Abduktionswinkels hätte dokumentieren sollen. Die Unterlassung könnte auch nach niederländischem Recht zu einer Umkehr der Beweislast führen.

Das Problem einer unvollständigen Dokumentation spielt auch im Fall 6 eine wichtige, vielleicht sogar noch entscheidendere Rolle. In diesem Fall ergab sich die Schwierigkeit daraus, daß der erste CTG-Streifen nicht auffindbar war, und der zweite (vorhandene) Streifen nach Meinung der Sachverständigen von der Hebamme falsch interpretiert wurde. Dieser Umstand sprach nach Auffassung des deutschen Gerichts, das Fall 6 entschied, gewichtig gegen die Beklagten. Auch die Autoren anderer Länderberichte weisen auf die Bedeutung der Verpflichtung zu vollständiger Dokumentation hin. In den Niederlanden ist die Pflicht zur Führung einer angemessenen Dokumentation wiederum gesetzlich festgelegt. Artikel 7:454 des bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt genau, daß derjenige, der die medizinischen Dienstleistungen erbringt, einen Behandlungsakt für den Patienten anlegen muß. Er sieht auch vor, daß Aufzeichnungen über den Gesundheitszustand des Patienten zu führen sind. Die Tatsache, daß der CTG-Streifen nicht aufgefunden werden kann, was eine Verletzung des erwähnten Artikels darstellt, spielt nach Meinung des holländischen Autors eine entscheidende Rolle. Nach Auffassung des Hoge Raad hat der Arzt beziehungsweise das Krankenhaus ausreichende Unterlagen zur Untermauerung seines Standpunktes gegenüber dem Patienten vorzulegen; ansonsten tritt auch hier eine Beweislastumkehr ein.

Auch der französische Bericht weist darauf hin, daß das Krankenhaus verpflichtet ist, Patientenberichte zu führen, und daß das Nichtvorhandensein eines Dokuments durchaus als Indiz für die Absicht, die Wahrheit zu verbergen, gewertet werden könnte. In solch einem Fall kann der Nachweis einer fehlerhaften Behandlung schon mit Hilfe „schwerwiegender, genauer und in dieselbe Richtung deutender Vermutungen“ geführt werden. Wie die französische Berichterstatteerin darlegt, könnte daher ein französisches Gericht von den bekannten bedeutsamen Tatsachen auf die unbekannte Tatsache (die Fehlinterpretation des ersten CTG-Streifens) schließen. Die Schweizer Lösung weicht von der deutschen insofern ab, als der Schweizer Autor darauf hinweist, daß im Falle einer Verletzung der Dokumentationspflicht keine automatische Umkehr der Beweislast eintritt. Nach schweizerischem Recht muß der Behandlungsfehler (zu spät erfolgter Kaiserschnitt) auf andere Weise nachgewiesen werden. Dennoch könnte der Umstand, daß der erste CTG-Streifen verschwunden war, auch nach schweizerischem Recht Auswirkungen auf die Pflicht zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Beweisen für den Beklagten haben. Österreich wies vor allen Dingen auf die gesetzliche Pflicht von Krankenhäusern hin, sämtliche Patientenakten mindestens zehn Jahre aufzubewahren. Die unzureichende Dokumentation führte nach österreichischem Recht zu einer Umkehr der Beweislast.



## f) Kausalität

In einigen Fällen (Fälle 4 und 6) geht es vor allem darum, wie der Beweis eines Behandlungsfehlers geführt werden kann. Aber sobald das Problem des Nachweises einer Fehlbehandlung in diesen Fällen gelöst ist, gibt es keine ernststen Schwierigkeiten bezüglich des kausalen Zusammenhangs, auch wenn die Länderberichterstatter darauf hinweisen, daß der Kausalzusammenhang selbstverständlich noch nachgewiesen werden müsse. Aber in Fall 6 ging zum Beispiel aus den Gutachten der Sachverständigen klar hervor, daß dann, wenn man von der Fehlinterpretation auch des ersten CTG ausgeht, dieser Fehler in kausalem Zusammenhang mit dem entstandenen Schaden steht. Hätte die Hebamme nämlich sofort nach dem ersten CTG gehandelt, so hätte der Kaiserschnitt viel früher und vor der verhängnisvollen Plazentaablösung, die zum Sauerstoffmangel führte, erfolgen können.

In anderen Fällen wird der Kausalitätszusammenhang heftiger diskutiert<sup>66</sup>. Das Thema Kausalität spielt unter anderem in Fall 3 eine Rolle. Es ist tatsächlich nicht völlig sicher, daß die Chancen des Kindes, keinen Hirnschaden zu erleiden, erheblich größer gewesen wären, wenn es früher in die Kinderklinik überwiesen worden wäre. Der belgische Bericht macht deutlich, daß der **conditio sine qua non**-Test durchzuführen ist: Wenn der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn das Baby rechtzeitig in die Kinderklinik verlegt worden wäre, so liegt kein kausaler Zusammenhang vor. Andererseits wird im niederländischen Bericht darauf hingewiesen, daß es zumindest eine Chance gab, daß das Baby keine schwere Gehirnschädigung davonträgt, wenn es rechtzeitig verlegt wird. Das führt nach dem niederländischen Bericht dazu, daß das Kind trotz fehlender Sicherheit bezüglich der **conditio sine qua non**-Beziehung für den Verlust der Chance, bei rechtzeitiger Verlegung in das Kinderspital ein Leben ohne Gehirnschädigung zu führen, zu entschädigen ist. Die niederländischen Autoren schätzen diese Chance nach einem Prozentsatz, der vom Gericht zu bestimmen ist.

Ein ähnlicher Ansatz wird offenbar in Frankreich gewählt. Kann keine **conditio sine qua non**-Beziehung nachgewiesen werden, so hätte der Patient in Fall 3 nach französischem Recht keinen Anspruch auf volle Entschädigung, aber wiederum auf Ersatz für den Verlust der Chance. Nach Ansicht der französischen Cour de Cassation ist der Verlust einer Chance gleichzusetzen mit einem Prozentsatz (der der Höhe der verlorenen Chance entspricht) derjenigen Entschädigungssumme, die zugesprochen worden wäre, wenn die Klägerin Anspruch auf volle Entschädigung gehabt hätte. Diese „Verlorene-Chance-Doktrin“ würde auch in Portugal auf Fall 3 angewandt. Andere Länder verlangen eine größere Gewißheit bezüglich des kausalen Zusammenhanges, sprechen den Patienten dann jedoch volle Entschädigung zu. Dies gilt z.B. nach englischem Recht, wo verlangt wird, daß es „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ ist,

---

<sup>66</sup> Einige allgemeine Unterschiede, wie die einzelnen Länder mit der kausalen Unsicherheit umgehen, wurden bereits in bezug auf Fall 1 und 2 diskutiert

daß das Baby bei rechtzeitiger Verlegung keine Gehirnschädigung davongetragen hätte. Wenn die Wahrscheinlichkeit höher als 50% liegt, hat der Kläger Anspruch auf volle Entschädigung. In der Schweiz wird die Meinung vertreten, daß die Beweislast zu mindern ist, wenn ein schwerer Behandlungsfehler vorliegt. In diesem Fall reicht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Nachweis der Verursachung aus. Auch das österreichische Recht kennt in derartigen Fällen Erleichterungen der Beweislast: Vom Kläger wird nicht verlangt, den Kausalzusammenhang mit völliger Sicherheit zu beweisen. Der österreichische Bericht führt aus, daß schon dann voller Ersatz begehrt werden könne, wenn es sehr wahrscheinlich sei, daß die Schädigung ohne Fehlbehandlung nicht aufgetreten wäre. Andererseits könnte der Kläger nach den Regeln der sogenannten alternativen Kausalität einen Teilersatz seines Schadens erlangen.

Die Länder sind also in der Kausalitätsfrage wiederum ziemlich geteilter Meinung. Während einige in die Richtung eines Teilersatzes gehen (wenn auch in Form der Lehre vom „Verlust einer Chance“), folgen andere immer noch dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, erleichtern jedoch den vom Patienten zu erbringenden Kausalitätsbeweis.

Ähnliche Probleme spielten in Fall 5 eine Rolle. Dies war jener Fall, in dem aufgrund einer verspäteten Sectio – wiederum – ein Baby eine dauernde Gehirnschädigung erlitt und das Gericht zur Auffassung gelangte, daß die Schädigung eine Folge der Unterlassung dauernder CTG-Überwachung sowie einer verspäteten Sectio ist.

#### **g) Ergebnisse der Fallstudien**

Dieser Überblick zeigt, daß die in den Fällen 3 – 6 zur Diskussion stehenden rechtlichen Probleme in den einzelnen Ländern unterschiedlich gelöst werden. Außerdem ist es interessant, die praktischen Ergebnisse zusammenzufassen, die nach Ansicht der Länderberichterstatter in einzelnen Fällen erzielt würden. Wir werden wiederum nicht alle Rechtsordnungen erwähnen, die in den Berichten zur Diskussion standen, sondern nur einige wenige Beispiele, um zu zeigen, daß die Ergebnisse unterschiedlich sein können, obgleich auch die Gründe für diese Differenzen wechseln.

##### **aa) Fall 3**

Das tatsächliche Ergebnis in Fall 3 wurde in der Entscheidung dargelegt: Es wurde die volle Haftung der Beklagten bejaht. Sie haben ein kapitalisiertes Schmerzensgeld von 500.000,-- DM (255.645 EUR) zu zahlen, ferner die materiellen Schäden sowie die Ansprüche der Sozialversicherungsträger abzudecken, wobei sich die Gesamtssumme auf fast 3.000.000,-- DM (1.533.876 EUR) beläuft. Der deutsche Länderbericht stellt klar, daß dies mit der allgemeinen deutschen Rechtsprechung übereinstimmt, obwohl die für

immaterielle Schäden zu zahlenden Beträge als verhältnismäßig hoch anzusehen seien.

Die Ergebnisse in anderen Rechtsordnungen sind unterschiedlich, nicht so sehr soweit es um das Problem der Rechtswidrigkeit geht (der Sachverständigenbeweis ergab, daß die Klägerin zu spät in die Kinderklinik verlegt worden war), sondern vor allem im Zusammenhang mit dem Kausalitätsproblem. Das deutsche Gericht folgt – soweit es um die Kausalität geht – dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, was in diesem Fall zur vollen Haftung der Beklagten führt.

Der belgische Bericht weist auf die Ungewißheit der Kausalität hin: Wäre der Schaden selbst dann eingetreten, wenn die Klägerin rechtzeitig verlegt worden wäre, so bestünde kein Kausalzusammenhang, da das rechtswidrige Verhalten nicht *conditio sine qua non* für den Schaden gewesen wäre. Die Niederländer würden, wie bereits erwähnt, die Theorie des „Verlustes einer Chance“ heranziehen, was bedeutet, daß die Klägerin nur einen Teilersatz erhielte. Überdies kann dem niederländischen Bericht entnommen werden, daß das Schmerzensgeld bloß (einen Prozentsatz von) ca. 250.000,-- DM (127.823 EUR) ausmachen würde. Der höchste Schmerzensgeldbetrag, der in den Niederlanden jemals zugesprochen wurde, betrug 300.000,-- DM (153.388 EUR). Auch die Franzosen würden nur einen Teilersatz (für den „Verlust der Chance“) und keinen vollen Ausgleich zuerkennen. Das gleiche gilt für Portugal, wo gleichfalls das Schmerzensgeld niedriger ausgefallen wäre als in Deutschland. Nach den Berichten aus England und aus Österreich wäre auch in diesen Ländern eine „Alles-oder-Nichts-Lösung“ vertreten worden. Wenn das rechtswidrige Verhalten als *conditio sine qua non* anzusehen wäre, hätte der Kläger Anspruch auf volle Entschädigung, aber auch hier sind die Berichterstatter der Meinung, daß das zugesprochene Schmerzensgeld relativ hoch erscheint. Der britische Autor ist der Meinung, daß 350.000,-- DM (178.952 EUR) realistisch wären, der österreichische Bericht erwähnt eine Summe von 250.000,-- DM (127.823 EUR).

Was den Fall 3 betrifft, so sind folglich die Länder uneinig beim Thema der Kausalität, was eine signifikante Auswirkung auf das tatsächliche Ergebnis haben kann. Alle Autoren scheinen jedoch darin übereinzustimmen, daß das Schmerzensgeld unter dem vom deutschen Gericht zugesprochenen Betrag von 500.000 DM,-- (255.646 EUR) läge.

#### **bb) Fall 4**

Wie bereits erwähnt, war das deutsche Gericht in diesem Fall wegen des fehlenden Hinweises auf eine andere Ursache der Meinung, daß die nicht sachgemäße Lagerung des Armes während der Operation zu der Schädigung beim Kläger geführt habe. Es wurde ein Schmerzensgeld in Höhe von 50.000,-- DM (25.565 EUR) als auch ein Betrag von 60.000,-- DM (30.678 EUR) für den materiellen Schaden zugesprochen. Der belgische, niederländische und englische Bericht scheinen darauf hinzudeuten, und zwar aus unterschiedlichen Gründen, daß auch nach ihrem Recht in diesem Fall von einer Haftung auszugehen wäre.

In Österreich würde die Haftung wegen unzureichender Dokumentation bejaht. Auch der österreichische Bericht läßt erkennen, daß das Schmerzensgeld niedriger ausfallen würde.

Der französische Autor ist der Meinung, daß nach französischem Recht in diesem Fall nicht gehaftet würde. Die «*preuve par exclusion*» könnte zwar zu einer Haftung führen, jedoch war eine Prädisposition des Patienten als Ursache für den Schaden nicht auszuschließen.

#### cc) Fall 5

Im Fall 5 hielt das deutsche Gericht die Beklagten wegen der unzureichenden CTG-Überwachung der Herzrhythmen und wegen der verspäteten Operation (Sektio) für ersatzpflichtig. Das Krankenhaus wird für den Behandlungsfehler des Chefarztes verantwortlich gemacht und hohe Entschädigungssummen werden zugesprochen: ein Schmerzensgeld in Höhe von 250.000,-- DM (127.823 EUR) für den schwer behinderten Kläger, sowie weitere Ersatzleistungen, die auch Ansprüche der Sozialversicherungsträger einschließen. Insgesamt beträgt die Summe ca. 2.300.000,-- DM (1.175.971 EUR).

Was das tatsächlich Ergebnis angeht, bestehen in diesem Fall keine großen Unterschiede. Belgien und die Niederlande akzeptieren, daß in diesem Fall eine Haftung des Krankenhauses bestünde (wenn auch aus verschiedenen rechtlichen Gründen). Portugal anerkennt ebenfalls die Haftung, doch wären die Beträge bedeutend niedriger. In England fielen die Schmerzensgeldbeträge etwas höher aus. Der Länderberichtersteller weist auf die Gehilfenhaftung des Krankenhauses hin, macht aber auch darauf aufmerksam, daß es – entgegen dem Standpunkt des deutschen Gerichts – zu keiner Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität kommt. Das tatsächliche Ergebnis in Großbritannien bleibt daher unsicher. Auch der französische Bericht weist auf die Schwierigkeiten beim Nachweis des Kausalzusammenhanges hin. Tatsachenvermutungen könnten dem Kläger zwar helfen, aber wenn der Kaiserschnitt keinesfalls hätte früher durchgeführt werden können, dann – so wird argumentiert – wäre auch durch eine ständige CTG-Überwachung der Schaden nicht vermieden worden. Wenn das der Fall gewesen sein sollte, wäre keine **conditio sine qua non** gegeben und nach französischem Recht wäre die Haftung zu verneinen. Aus diesem Grunde meinen die österreichischen Autoren, daß angesichts dieser Unsicherheit bezüglich der Kausalität der Kläger wohl nur einen Teil des Schadens ersetzt bekäme. Wiederum weisen die österreichischen Autoren darauf hin, daß das Schmerzensgeld deutlich niedriger ausfallen würde, als die vom deutschen Gericht zugesprochenen Beträge.

#### dd) Fall 6

In diesem Fall, in dem die Hebamme geburtshilfliche Regeln verletzte (Fehlinterpretation des CTG-Streifens, verspätete Hinzuziehung eines Arztes), anerkannte das deutsche Gericht nur die Haftung des Krankenhauses, nicht

jedoch die der anderen drei Beklagten (aus mehreren Gründen). Das deutsche Gericht sprach dem Kläger 170.000,-- DM (86.920 EUR) Schmerzensgeld nebst 4% Zinsen seit dem 10. Februar 1992 zu sowie rückwirkend ab 1. Januar 1992 eine monatliche Rente in Höhe von 600,-- DM (307 EUR).

Auch was diesen Fall betrifft, unterscheiden sich die Länderberichte. Der niederländische und der portugiesische Bericht weisen aus unterschiedlichen Gründen auf die Haftpflicht des Krankenhauses hin, hauptsächlich wegen der mangelhaften Dokumentation (der erste CTG-Streifen fehlte). Portugal spricht zudem als einziges Land die Haftpflicht des Chefarztes (Viertbeklagter) an, und zwar wegen seiner Aufsichtspflicht, wohingegen in den Niederlanden die Haftpflicht des Krankenhauses im Mittelpunkt steht. Nach dem niederländischen bürgerlichen Gesetzbuch trifft nämlich die Haftung für medizinische Fehlbehandlungen primär das Krankenhaus. Das Opfer kann daher jedenfalls das Krankenhaus belangen, ohne den innerhalb des Spitals Verantwortlichen nennen zu müssen. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine ausschließliche Haftung des Krankenhauses; es kann z.B. die Haftpflicht des Arztes hinzutreten. In Frankreich kann die Hebamme persönlich in Anspruch genommen werden, und zwar zusätzlich zu der Gehilfenhaftung des Spitals. Großbritannien und die Schweiz lehnen in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast wegen Verletzung der Dokumentationspflicht ab. Der englische Bericht nimmt jedoch an, daß ein Gericht durchaus bereit wäre anzunehmen, daß schon der verlorene CTG-Streifen Hinweise auf die Notwendigkeit, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, enthielt.

### **3. Ergebnisse des Vergleichs**

#### **a) Gesetzeslage und Rechtsprechung**

Die wichtigsten Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den verschiedenen Rechtsordnungen sind bereits oben aufgezeigt worden. Zweck der Studie war es zu untersuchen, ob ein ähnlich gelagerter Fall in den einzelnen Rechtsordnungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde und wenn ja, aus welchen Gründen. Der vergleichende Überblick hat gezeigt, daß sich die Ergebnisse tatsächlich deutlich unterscheiden, wenn auch aus anderen Gründen als man zunächst vielleicht erwarten würde. Es gibt offensichtlich einige erwähnenswerte Unterschiede in der rechtlichen Struktur. In diesem Zusammenhang kann man darauf hinweisen, daß z.B. die Sorgfaltspflicht des Arztes und die Beziehung zum Patienten etwa in den Niederlanden im bürgerlichen Gesetzbuch ausführlich geregelt sind, wohingegen das Arzthaftungsrecht in den Ländern Belgien, Frankreich, Portugal, Großbritannien, Österreich und in der Schweiz eher durch die Rechtsprechung weiterentwickelt wird. Zudem kann man auf Sondergesetze hinweisen, wie z.B. das schwedische Patientenversicherungsgesetz. Ferner findet sich im französischen Recht die Besonderheit der Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Haftungsrecht, mit einem bemerkenswert strengen Maßstab für öffentliche Spitäler. Diese Unterschiede (hauptsächlich in Zusammenhang mit den Rechtsquellen)

scheinen jedoch keine große Rolle für die tatsächlichen Ergebnisse zu spielen. Dies gilt auch für die Abgrenzung zwischen Vertrags- und Deliktshaftung. Natürlich, viele Länderberichtersteller weisen darauf hin, daß manchmal die Arzthaftung auf Delikt gestützt wird, manchmal jedoch auf eine Vertragsverletzung. Aber der Unterschied zwischen Vertrags- und Deliktshaftung scheint nicht der Grund für einige der wesentlichen Unterschiede bei den konkreten Ergebnissen der Fälle zu sein.

#### **b) Aufklärung**

Das gleiche scheint bei den Grundprinzipien des Arzthaftungsrechts der Fall zu sein. Sehen wir uns z.B. das Problem der Aufklärung an. Der deutsche und der Schweizer Bericht weisen zu Recht darauf hin, daß Aufklärungsmängel eine immer wichtigere Haftungsgrundlage bilden, da es offensichtlich viel einfacher für einen Patienten ist zu beweisen, daß er nicht angemessen über die spezifischen Risiken informiert worden ist, als einen Behandlungsfehler nachzuweisen. Wiederum stimmen die meisten Rechtsordnungen offenbar darin überein, daß Patienten grundsätzlich angemessen über die spezifischen Risiken einer Untersuchung oder einer Behandlung aufgeklärt werden müssen. Übereinstimmung herrscht auch insoweit, daß eine Behandlung ohne wirksame Einwilligung grundsätzlich als rechtswidrig anzusehen ist. Alle Länderberichtersteller sind wohl ebenfalls der Meinung, daß die Aufklärung rechtzeitig, in einer dem Patienten verständlichen Sprache und mündlich durchgeführt werden soll; ein Zustimmungsförmular allein wird nie als Nachweis einer sachgemäßen Aufklärung akzeptiert, es muß zusätzlich ein persönliches Gespräch mit dem Patienten stattfinden. In der Frage jedoch, über welche besonderen Risiken der Arzt aufklären muß, bestehen zwischen den einzelnen Ländern durchaus Unterschiede. Dies gilt insbesondere bei Risiken mit geringer Wahrscheinlichkeit (außergewöhnliche Risiken), aber mit schwerwiegenden Folgen, wenn sie sich realisieren. In einigen Ländern scheint man der Meinung zu sein, daß der Arzt nicht verpflichtet ist, vor derartigen außergewöhnlichen Risiken zu warnen; andere bejahen eine solche Pflicht, vorausgesetzt, daß die möglichen Folgen tatsächlich sehr schwerwiegend wären.

#### **c) Sorgfaltspflicht und Beweislast**

Was die vom Arzt aufzubringende Sorgfalt betrifft, scheint zumindest bezüglich der Grundsätze Einigkeit zu herrschen. Bemerkenswerterweise knüpfen die meisten Rechtsordnungen offenbar nach wie vor an eine Sorgfaltswidrigkeit an, d.h. daß den Arzt grundsätzlich keine verschuldensunabhängige Haftung trifft<sup>67</sup>. In keiner Rechtsordnung besteht anscheinend – zumindest formell – eine

<sup>67</sup> Dies ist auch im schwedischen System der Fall, auch wenn dieser „thought act“ im Schadenersatzrecht durch die Patientenversicherung ergänzt wird

verschuldensunabhängige Haftung für Fehlbehandlungen<sup>68</sup>. Auch wenn es um die Frage geht, welche Sorgfalt von einem Arzt zu erwarten ist, sind sich die Autoren der Länderberichte im Grundsatz einig, daß der Maßstab an einen durchschnittlich sorgfältigen Arzt auszurichten ist. Unterschiede treten jedoch bei Verfahrensproblemen auf, z.B. bezüglich der Frage, wie ein Patient die Verletzung einer Sorgfaltspflicht nachweisen kann. Einige Rechtsordnungen kommen den Opfern sehr entgegen und lassen einen Nachweis des Verschuldens aufgrund von Tatsachenvermutungen zu; andere Rechtsordnungen akzeptieren dies nicht. Diese Unterschiede im Bereich der Beweislast erklären einige der unterschiedlichen Ergebnisse in den zur Diskussion stehenden Fällen. Es fällt auf, daß es nicht so sehr die Unterschiede im materiellen Arzthaftungsrecht sind, die zu abweichenden Ergebnissen führen, sondern die Unterschiede im Verfahrensrecht (wie z.B. betreffend der Beweislast).

Es darf dabei nicht übersehen werden, daß die Beweislastumkehr nicht nur verfahrensrechtliche Aspekte aufweist. Vielmehr ist die Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens auch für das materielle Recht bedeutsam, weil sie einen Schritt von der Verschuldenshaftung weg zu einer verschuldensunabhängigen Haftung bedeutet.

#### **d) Kausalität**

Entscheidende Unterschiede zeigen sich auch beim wichtigen Thema der Kausalität. Dieses betrifft offensichtlich nicht nur das Arzthaftungsrecht, sondern ganz generell die deliktische Haftung. Bei Unsicherheiten bezüglich des Kausalzusammenhangs wird in einigen Ländern für einen Beweis verlangt, es müsse eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich sein, daß das rechtswidrige Verhalten den Schaden verursacht hat (51 %). Wenn diese Anforderung erfüllt ist, erlangen die Kläger volle Entschädigung, wenn nicht, bekommt der Kläger keinerlei Ersatz. Dies wird daher häufig als „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ bezeichnet. Andere Rechtsordnungen gewähren den Klägern zumindest Teilersatz, wobei sie verschiedene rechtliche Lösungswege einschlagen; die französische Lehre vom „Verlust einer Chance“ ist einer der wichtigsten. Diese unterschiedlichen Kausalitätsanforderungen führen zu unterschiedlichen Ergebnissen.

#### **e) Kanalisierung der Haftung?**

Darüber hinaus bestehen auch Unterschiede im materiellen Recht, soweit es um die Frage des Ersatzpflichtigen geht, insbesondere innerhalb von Anstalten oder Krankenhäusern. Alle Rechtsordnungen stimmen im allgemeinen darin überein, daß das Krankenhaus (aufgrund unterschiedlicher rechtlicher Konstruktionen) für Behandlungsfehler in seinem Bereich verantwortlich ist. Es bestehen dennoch

---

<sup>68</sup> Mit Ausnahme von Frankreich und der Schweiz, wo nach öffentlichem Recht in manchen Fällen eine verschuldensunabhängige Haftung möglich ist

Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der Kläger auch den Arzt anklagen kann, der die schadenstiftende Untersuchung oder Behandlung durchgeführt hat.

#### **f) Schmerzensgeld**

All das zeigt, daß die Unterschiede in Bezug zur Feststellung der Haftung nicht so sehr durch Abweichungen im materiellen Arzthaftungsrecht herbeigeführt werden, sondern meist durch unterschiedliche Kausalitätsanforderungen oder verfahrensrechtliche Regeln, insbesondere über die Beweislast, obwohl diese in engem Zusammenhang mit dem materiellen Recht stehen. Außerdem sind Unterschiede bei der Höhe der Ersatzbeträge vorhanden. Mit wenigen Ausnahmen (z.B. England) waren alle Länderberichterstatter der Meinung, daß die in Deutschland zugesprochenen Schmerzensgeldbeträge sehr hoch erscheinen. Dies zeigt einmal mehr, daß die Haftung weitgehend von Fragen abhängt, die nicht mit dem Arzthaftungsrecht verknüpft sind, nämlich wie Gerichte ideellen Schaden bemessen. Die Erkenntnis, daß die für immaterielle Schäden zugesprochenen Beträge stark variieren, wurde auch von einer anderen, kürzlich durchgeführten Studie des European Centre of Tort and Insurance Law gewonnen<sup>69</sup>. Zum Teil können die Unterschiede in der Höhe des zugesprochenen Schmerzensgeldes auch auf unterschiedliche soziale Standards zurückgeführt werden.<sup>70</sup>

#### **g) Sozialversicherungsträger**

Letztlich wird – wie die deutschen Entscheidungen zeigen – die Verantwortlichkeit des Arztes oder Krankenhauses (und seines Versicherers) auch davon abhängen, ob den Sozialversicherungsträgern Rückgriffsansprüche zustehen. Der Haftungsumfang ist zwangsläufig in jenen Ländern niedriger, in denen es keine oder – wie in Großbritannien – bloß begrenzte Regreßansprüche gibt, als in den Ländern, in denen – wie z.B. in Deutschland – die Sozialversicherungsträger sich in vollem Umfang auf das Schadenersatzrecht stützen können, um die an die Patienten gezahlten Beträge wiedererlangen zu können. Dem englischen Bericht ist zu entnehmen, daß es derzeit kein Regreßrecht des National Health Service gibt, abgesehen von einem beschränkten Recht bei der Abgeltung von Straßenverkehrsunfällen. Nur dann, wenn das Opfer Geldleistungen erhielt, hat der Staat das Recht innerhalb von fünf Jahren Entschädigung zu verlangen. Die Frage des Bestehens von Regreßansprüchen der Sozialversicherungsträger hängt nicht mit dem materiellen Arzthaftungsrecht zusammen, sie wird sich aber

<sup>69</sup> Siehe Rogers, H., „Damages for non-pecuniary loss“, preliminary report, München, 28.-29. April 2000

<sup>70</sup> Siehe Faure und Hartlief, Towards an Expanding Enterprise Liability in Europe? How to analyze the Scope of Liability of Industrial Operators and their Insurers, [1996] Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol.3, 235-270



deutlich auf die finanzielle Verteilung der Rechnung für die Fehlbehandlung auswirken.

Würden tatsächlich die meisten durch Fehlbehandlungen ausgelösten Kosten von den Sozialversicherern getragen und Regreßansprüche entweder nicht bestehen oder nicht geltend gemacht, so wäre die aus Fehlbehandlungen folgende tatsächliche Belastung von Krankenhäusern und Ärzten und deren Versicherern relativ begrenzt. Wenn jedoch andererseits die Sozialversicherungsträger das Schadenersatzrecht wirklich nützen würden, um die Kosten auf das Krankenhaus oder den Arzt und deren Versicherer zu überwälzen, so könnte der tatsächliche Haftungsumfang völlig anders aussehen.

Da die Fälle die Frage der Regreßforderungen nicht besonders ansprachen, haben wir diesen Aspekt im Rahmen unseres Projekts nicht ausführlich behandelt. Dennoch stellten sich einige Unterschiede heraus, und zwar z.B. zwischen England auf der einen Seite, wo das Regreßrecht der Sozialversicherungsträger beschränkt ist, und Ländern wie Belgien und Deutschland auf der anderen Seite, wo Regreßansprüche in vollem Umfang existieren. Diese Unterschiede sind offenkundig wichtig, da sie länger dauernde wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Außerdem könnte man sich fragen, ob der Versuch einer europäischen Harmonisierung Sinn macht, wenn sie sich auf das materielle Arzthaftungsrecht beschränkt und die Regreßansprüche nicht beachtet. Wir werden diesen Punkt noch diskutieren.

#### **h) Deutschland: Ein Spitzenplatz beim Patientenschutz!**

Zum Abschluß scheint der Hinweis wichtig zu sein, daß die einzelnen Rechtsordnungen an Hand verschiedener Kriterien hinsichtlich des Patientenschutzes beurteilt werden könnten. Man kann allgemein feststellen, daß einige Länder zwar dem Patienten z.B. beim Kausalitätsnachweis weit entgegenkommen, diese jedoch etwa mit niedrigeren Schmerzensgeldzahlungen kompensieren. Ein Land, und zwar Deutschland, scheint den Patienten in jeder Hinsicht zu begünstigen. Die deutschen Entscheidungen zeigen, daß die Gerichte den Opfern entgegenkommen, indem sie die Beweislast umkehren, Tatsachenvermutungen akzeptieren und den Nachweis der Kausalität erleichtern, was die Feststellung der Haftung beschleunigt. Überdies nimmt Deutschland auch bezüglich der Höhe des Schmerzensgelds und der Rückgriffsansprüche der Sozialversicherungsträger einen Spitzenplatz ein. Dies führt zwingend zu der Schlußfolgerung, daß aus europäischer Sicht die deutsche Rechtsordnung eine überaus weitreichende Entschädigung für Opfer von Fehlbehandlungen vorsieht. Dies kommt den Interessen der Patienten ohne Zweifel sehr entgegen, doch muß für diesen weitreichenden Schutz zwangsläufig ein Preis gezahlt werden. Deshalb wenden wir uns anschließend der ökonomischen Analyse zu, um den Preis für den Schutz der Patienten festzustellen. Es sei nur noch erwähnt, daß – wie der schwedische Bericht zeigt – auffälligerweise gerade das von vielen als überaus patientenfreundlich gelobte schwedische Patientenschutz-Modell wesentliche Beschränkungen enthält, etwa bezüglich der Höhe des Ersatzes. Auf manche

Nachteile des schwedischen Systems wird auch in den Schlußfolgerungen noch eingegangen.

## **C. Einige wirtschaftliche Beobachtungen**

### **1. Einleitung**

Ein Ziel dieser vergleichenden Untersuchung war die Analyse der Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen vom wirtschaftlichen Standpunkt. Dies erscheint interessant, da in der ökonomischen Analyse des Rechts dem Arzthaftungsrecht sehr viel Aufmerksamkeit gewidmet wurde.

Die Grundidee der ökonomischen Analyse des Rechts besagt, daß Rechtsvorschriften den Arzt oder das Krankenhaus motivieren sollen, in die Einhaltung eines hohen Sorgfaltsmaßstabes zu investieren, um Schäden zu verhindern. Eine wesentliche Fragestellung der ökonomischen Analyse des Rechts ist daher, durch welche Art von rechtlicher Regelung die Erbringer von medizinischen Dienstleistungen zur Einhaltung höchstmöglicher Sorgfalt motiviert werden können. Zweitens geht es um die Frage der optimalen Entschädigung im Falle eines Schadenseintritts. In diesen rechtsvergleichenden Schlußfolgerungen werden wir uns kurz mit beiden Themen beschäftigen.

### **2. Auswirkungen einer erhöhten Haftung**

#### **a) Haftung als Anreizsystem**

Eine wichtige Frage, die man im Zusammenhang mit Arzthaftung stellen muß, ist, wer letztendlich die Kosten einer erhöhten Patientenentschädigung zu tragen hat. Diese Frage ist besonders im deutschen Kontext wichtig, da, wie wir festgestellt haben, Deutschland sowohl hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs als auch hinsichtlich der Höhe der Schadenersatzleistungen die Spitzenposition der in diesem Bericht untersuchten Länder einnimmt. Zusätzlich zu der Frage, wie sich dies auf Deutschlands Position in Europa auswirkt, sollte man sich auch mit der Frage befassen, ob dieser erhöhte Schutz wirtschaftlich gerechtfertigt werden kann, und wer letztendlich die finanziellen Konsequenzen daraus zu tragen hat.

Was die wirtschaftlichen Auswirkungen einer erweiterten Haftung betrifft, haben wir bereits dargestellt, daß Wirtschaftswissenschaftler das Schadenersatzrecht als ein System ansehen, das den Anbietern medizinischer Dienstleistungen Anreize zur Einhaltung der angemessenen Sorgfalt bieten soll<sup>71</sup>. Der Gedanke,

<sup>71</sup> Diese Grundgedanken stammen unter anderem von Shavell, S. „Theoretical Issues in Medical Malpractice“ in: Rottenberg, S. (Hrsg.), *The economics of medical malpractice*, (Washington, American enterprise institute for public policy research, 1978), 35-64

daß der potentielle Schädiger seinem Opfer ersatzpflichtig wird, soll einen präventiven Effekt ausüben<sup>72</sup>. Diese präventive Wirkung des Schadenersatzrechts wird auch im Bereich der medizinischen Versorgung betont. Daher kann Arzthaftung grundsätzlich als Regelsystem zur angemessenen Motivation der Anbieter medizinischer Dienstleistungen angesehen werden<sup>73</sup>.

#### **b) Verschuldenshaftung gegenüber verschuldensunabhängiger Haftung**

In diesem Zusammenhang stellt sich die wesentliche Frage, ob Verschuldenshaftung oder verschuldensunabhängige Haftung vorgesehen werden sollte, um den erwähnten Anreiz für die Einhaltung höchstmöglicher Sorgfalt durch Ärzte und Krankenanstalten zu schaffen. Wirtschaftliche Analysen haben gezeigt, daß im Prinzip beide Systeme derartige Anreize bieten können. Im Falle einer verschuldensunabhängigen Haftung, die den Schädiger unabhängig davon, wie sorgfältig er sich verhalten hat, ersatzpflichtig werden läßt, wird der Schädiger solange in die Einhaltung von Sorgfaltsstandards investieren, bis die Grenzkosten der Präventivmaßnahmen den Grenznutzen einer Reduktion des Schadensrisikos erreichen. So führt verschuldensunabhängige Haftung zu einer effizienten Lösung<sup>74</sup>. Dieser Effekt der verschuldensunabhängigen Haftung setzt allerdings voraus, daß der Schädiger, in diesem Fall der Anbieter medizinischer Dienstleistungen, die bestehenden Risiken und die optimalen Maßnahmen zur Risikoreduktion kennt. Darüber hinaus ist verschuldensunabhängige Haftung nur dann effizient, wenn für den Schädiger in dem Fall, daß er Ersatz zu leisten hat, Geld auf dem Spiel steht. Im Fall von Insolvenz könnte die verschuldensunabhängige Haftung daher nicht zu einem effizienten Ergebnis führen. Ein effizientes Ergebnis kann jedoch, nach Aussage der einschlägigen Literatur, auch im Wege der Verschuldenshaftung erzielt werden, soweit die Rechtsordnung die gebotene Sorgfalt (die im Rahmen der Verschuldenshaftung verlangt wird) dem wirtschaftlich effizienten Sorgfaltsmaßstab anpaßt. In diesem Fall wird der potentielle Schädiger die Sorgfalt einhalten, die ihm von der Rechtsordnung vorgeschrieben ist, um zu vermeiden, daß er dem Geschädigten ersatzpflichtig wird. Daher kann auch die Verschuldenshaftung zu einem effizienten Ergebnis führen<sup>75</sup>. Dieses Ergebnis ist wichtig, da es zeigt, daß es ein Irrtum wäre anzunehmen, daß die Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung die Anbieter medizinischer Dienstleistungen eher zu Präventionsmaßnahmen motivieren würde. Daraus folgt, daß die

---

<sup>72</sup> Vergleiche Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadenersatzrechts (1981), 185

<sup>73</sup> Diese präventive Funktion der Haftpflichtrechtsregelungen im Kontext der medizinischen Versorgung wird unter anderem betont in Koziol, H., „Die Arzthaftung im geltenden und künftigen Recht“ in: Haftungsrechtliche Perspektiven der ärztlichen Behandlung, Linz, Universitätsverlag Rudolf Trauner, 1997, 22 sowie auch in Kötz, H., Deliktsrecht, 6. Aufl. Neuwied, Metzner Verlag, 1994, 46-52

<sup>74</sup> So Polinsky, A.M., Introduction to Law and Economics, Boston, Little Brown and co, 1983, 339 und Shavell, S., The economic analysis of accident Law, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 8

<sup>75</sup> So Shavell, S., Economic Analysis of Law, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 8

Verschuldenshaftung, die die meisten Rechtsordnungen im Bereich des Medizinhaftungsrechts immer noch vorsehen, wirtschaftlich sinnvoll ist. Bei richtiger Anwendung durch die Gerichte kann die Verschuldenshaftung einen angemessenen Anreiz zur Schadensprävention für Anbieter medizinischer Dienstleistungen bieten.

Der Grund, warum in einigen Rechtsordnungen die Richterschaft oder die Lehre eine verschuldensunabhängige Haftung oder eine Beweislastumkehr im Rahmen der Verschuldenshaftung befürworten (siehe die Situation in Deutschland), ist offenbar ein anderer. Die Gründe für diese erhöhte Haftung von Ärzten und Krankenhäusern beruhen oft auf dem Wunsch, den Betroffenen vollen Ersatz zukommen zu lassen. Die ökonomische Analyse betrachtet das Schadenersatzrecht jedoch primär als ein Mittel zur Schadensprävention, so daß zumindest in der traditionellen ökonomischen Analyse eine Entschädigung des Opfers nicht unbedingt vordringliches Ziel des Schadenersatzrechts ist. Außerdem besteht, wie unten gezeigt werden soll, eine gewisse Gefahr, daß eine verschuldensunabhängige Haftung zu einer unerwünschten Verschiebung von Ressourcen führen könnte. Darüber hinaus hat die verschuldensunabhängige Haftung als Entschädigungssystem ihre Schwächen. Ohne Solvenzgarantien (wie z.B. Pflichtversicherung) bietet die verschuldensunabhängige Haftung keine Garantie für die bestmögliche Entschädigung des Patienten. Dazu kommt, daß selbst verschuldensunabhängige Haftung nicht automatisch zu einer Ersatzpflicht führt, da der Geschädigte auf jeden Fall den Kausalzusammenhang beweisen muß. Die untersuchten Fälle haben aber gezeigt, daß gerade der Nachweis des Kausalzusammenhangs eine wesentliche Hürde bei der Begründung eines Arzthaftungsanspruchs darstellt. Darüber hinaus kann, wie oben ausgeführt, verschuldensunabhängige Haftung im Falle von fehlender Liquidität nicht zu effizienten Anreizen und sorgfältigem Verhalten führen.

### c) Das Coase Theorem

Es gibt eine Reihe von weiteren Gründen, warum man die Effektivität der Erhöhung der Haftung von Krankenhäusern und Ärzten hinterfragen sollte. Die ökonomische Analyse des Rechts weist darauf hin, daß in vielen Fällen der Patient vertraglich an eine Krankenanstalt oder einen Arzt gebunden ist. Für diesen Fall hat Nobelpreisträger Ronald Coase herausgearbeitet, daß eine effiziente Zuordnung von Ressourcen unabhängig von der Rechtslage solange erfolgt, als die Transaktionskosten gleich null sind. Die Grundidee des sogenannten Coase Theorems besagt, daß bei vollständiger Information der Parteien das Schadenersatzrecht keine Auswirkungen auf die zu setzenden Präventionsmaßnahmen hat. Eine klassische Anwendung des Coase Theorems findet man im Bereich der Produkthaftung (zum Beispiel für pharmazeutische Produkte). In diesem Fall sind der Hersteller und der Käufer (geht man davon aus, daß es sich bei ihm um den möglichen Geschädigten handelt) durch den Preismechanismus miteinander verbunden. Der Preis kann einen Hinweis auf die Risikoverteilung (bezüglich gesundheitsschädlicher Auswirkungen des Produkts)

zwischen den Parteien liefern. In diesem Falle lehrt das Coase Theorem, daß bei vollständiger Information beider Parteien eine Änderung des Schadenersatzrechts keinerlei Auswirkung auf Präventionsmaßnahmen haben wird. Wenn der Hersteller nicht für den durch das pharmazeutische Produkt entstandenen Schaden haftet, würde der gut informierte Kunde den zu erwartenden Schaden (das Risiko) zum Marktpreis dazuschlagen und gegebenenfalls das Produkt unter Einbeziehung der gesamten Kosten (einschließlich des Risikos) erwerben<sup>76</sup>.

Aus dem Coase Theorem folgt daher, daß bei guter Information der Parteien die Regeln des Schadenersatzrechts das Ausmaß der Präventionsmaßnahmen nicht beeinflussen. Auf den ersten Blick scheint das Coase Theorem nicht viel Bedeutung für die Arzthaftung zu haben. Tatsächlich geht das Coase Theorem von Transaktionskosten gleich null aus, was für den Bereich der medizinischen Versorgung bedeuten würde, der Patient sei über die Risiken, die im Zusammenhang mit einer Behandlung auftreten können, voll informiert. Tatsächlich zeigen jedoch die besprochenen Fälle, daß diese Annahme oft unrealistisch ist. Die Tatsache, daß viele Rechtssysteme die Anbieter medizinischer Dienstleistungen dazu verpflichten, den Patienten angemessen aufzuklären, passt daher in die ökonomische Analyse. Die Aufklärung ermöglicht es den Patienten, eine besser informierte Entscheidung zu treffen. Die Tatsache, daß die Patienten oft nur wenige Informationen über Risiken haben, oder selbst bei ausreichender Aufklärung nicht in der Lage sind, die Risiken zu bewerten, ist einer der Gründe, warum gesetzliche Regelungen (zusätzlich zum Schadenersatzrecht) eingreifen sollten, um z.B. die Qualität pharmazeutischer Produkte gesetzlich festzulegen.

Die Tatsache, daß eine vertragliche Bindung zwischen einem Arzt oder einer Krankenanstalt und dem Patienten besteht (oder zwischen dem Hersteller und dem Konsumenten eines pharmazeutischen Produkts), ist aus einer wirtschaftlichen Perspektive allerdings in jedem Fall wichtig, selbst in den Fällen, in denen eine adäquate Aufklärung nicht möglich ist. Es wird oft verlangt, daß der Konsument (oder Patient) durch eine verschuldensunabhängige Haftung (oder eine erweiterte Verschuldenshaftung, etwa durch Beweislastumkehr) geschützt werden soll. Aus dem Coase Theorem ergibt sich aber, daß ein derartiger Schutz oft nur begrenzte Auswirkungen hat, zumindest dann, wenn der Anbieter medizinischer Dienstleistungen die Möglichkeit hat, diesen erhöhten Patientenschutz über den Preis auf den Konsumenten zu überwälzen. Das bedeutet aber, daß im Falle der Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung z.B. für Schäden durch Pharma-Produkte die Hersteller einfach den Preis für ihre Produkte erhöhen werden, da sie dann ja das Risiko eines Schadenseintritts tragen würden. So zahlt letztendlich der Konsument selbst für den gesteigerten Schutz.

---

76 Das hat Oi, W.Y. herausgearbeitet in: „The economics of product safety“, Bell Journal of Economics, 1973, 3-28

Das ist die Konsequenz des Coase Theorems: Da die Parteien durch den Preismechanismus aneinander gebunden sind, ist es im Effekt schwierig, den Konsumenten oder Patienten durch erweiterte Haftungsregelungen zu schützen, denn die Kosten für den höheren Schutz werden über den Preis auf den Kunden bzw. Patienten überwältigt, so daß dieser letztendlich selbst für seinen eigenen Schutz aufkommt<sup>77</sup>.

Das führt zu der interessanten Schlußfolgerung, daß man vertreten könnte, die Einführung rechtlicher Maßnahmen zum „Schutz der Opfer“ sei kaum sinnvoll, solange der Schädiger in der Lage ist, die erhöhten Kosten dieses Schutzes auf den Konsumenten des Produktes oder der Dienstleistung abzuwälzen. Außerdem wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur darauf hingewiesen, daß ein wesentlicher Nachteil verschuldensunabhängiger Haftung in der Tatsache liegt, daß zwar ein erhöhter „Schutz“ für Konsumenten oder Patienten entsteht, aber nicht sicher ist, ob dieser erhöhte Schutz tatsächlich den erwarteten Nutzen für die Konsumenten oder Patienten erhöht. Das Problem liegt darin, daß Herstellerhaftung zu negativen Umverteilungseffekten führen kann, wenn die Gruppe der Konsumenten nicht homogen sondern heterogen ist. Diese Heterogenität innerhalb der Konsumenten ergibt sich aber schon aus den bestehenden erheblichen Einkommensunterschieden. Daher kommt ein voller Ersatz in größerem Maße Geschädigten aus höheren Einkommensgruppen zugute, da ihr Verdienstentgang höher ist. Bei Anwendung des Coase Theorems werden die Kosten für den erhöhten Schutz, der besonders zum Vorteil von höheren Einkommensgruppen ist, auf alle Konsumenten umgelegt. Das bedeutet, daß die Gesamtheit der Konsumenten für den erhöhten Schutz der Gruppen mit höherem Einkommen zahlt, was den oben erwähnten negativen Umverteilungseffekt darstellt.

Die Bedeutung des Coase Theorems in der Arzthaftung liegt darin, daß die Rechtsprechung oder der Gesetzgeber aus rechtlicher Perspektive versuchen können, die Patienten in höherem Ausmaß zu schützen (z.B. durch Beweislastumkehr), daß aber, solange Schädiger und Geschädigter durch den Preismechanismus aneinander gebunden sind, der Anbieter medizinischer Dienstleistungen diesen erhöhten Schutz durch höhere Kosten auf den Patienten umlegen kann<sup>78</sup>. Man muß sich darüber im klaren sein, daß der Spielraum für wirklich freie Verhandlungen zwischen dem Patienten und dem Anbieter medizinischer Dienstleistungen über den Preis der Leistungen und die damit zusammenhängenden Risiken tatsächlich nicht sehr groß sein wird. Ein Problem

<sup>77</sup> Diese Auswirkungen des Coase Theorems sind von Hamada, K. beschrieben: „Liability rules and income distribution in products liability“, *The American Economic Review*, 1976, 228-234; siehe auch Calabresi, G., „Transaction costs, resource location and liability rules: a comment“, *Journal of Law and Economics*, 1986, 67-73. Das gleiche wurde in Deutschland festgestellt, und zwar in einem exzellenten Aufsatz von Adams, M., „Produkthaftung – Wohltat oder Plage – eine ökonomische Analyse“, *Betriebsberater*, Beilage 20/1987 zu Heft 31/1987, 1-24

<sup>78</sup> Für eine Analyse der Arzthaftung aus der Perspektive des Coase Theorems siehe auch Danzon, P., „Alternative liability regimes for medical injuries“, *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1990, 5-6

liegt im Mangel an Informationen über Risiken beim Patienten<sup>79</sup>; ein anderes Problem liegt in der Tatsache, daß in vielen Gesundheitssystemen freie Preisverhandlungen ausgeschlossen sind, da die Preise für Dienstleistungen im Gesundheitssektor durch die Sozialversicherungen reguliert werden. Es ist trotzdem interessant, auf revolutionäre Vorschläge wie z.B. des Chicagoer Professors Richard Epstein hinzuweisen, der vorschlug, die amerikanische Arzthaftungskrise nach dem Konzept von Coase auf der Basis vertraglicher Vereinbarungen zwischen Patienten und Ärzten zu lösen. Die Grundidee von Epstein ist, daß Patienten (oder ihre Vertreter) mit den Ärzten und Krankenanstalten ex ante den Umfang der Sorgfalt (Präventivmaßnahmen), die vom Arzt oder Krankenhaus verlangt werden kann, und die damit verbundene Gefahrenverteilung aushandeln und sich entsprechend auf den für die Leistungen zu zahlenden Betrag einigen<sup>80</sup>.

Auch wenn diese Ideen nicht sofort umsetzbar sind, wenn es um die Lösung von Arzthaftungsproblemen in Europa geht, so sind doch einige der zugrundeliegenden Konzepte sehr interessant, insbesondere die Erkenntnis, daß erhöhter Patientenschutz (sei es durch Beweislastumkehr, sei es durch eine Entwicklung hin zu verschuldensunabhängiger Haftung) in jedem Fall finanzielle Auswirkungen nach sich zieht, die auf die eine oder andere Art umgelegt werden. Die einzige wirkliche Frage ist letztlich, ob die Rechtslage die Möglichkeit bietet, diese erhöhten Kosten abzuwälzen. In Gesundheitssystemen, in denen Anbieter medizinischer Dienstleistungen die Preise für ihre Leistungen frei festsetzen können, führt ein erhöhtes Haftungsrisiko zu höheren Versicherungsprämien, was dann wiederum auf die Patienten übertragen wird. In Systemen, in denen die Preise reguliert sind, führt die erweiterte Haftung entweder zu höheren Kosten für das Sozialversicherungssystem (z.B. wenn öffentliche Krankenanstalten schadenersatzpflichtig werden) und werden in der Folge auf den Steuerzahler übertragen, oder sie führt zu einem erhöhten Risiko der Haftpflichtversicherer. Daher stellt sich die Frage, wie sich eine erweiterte Haftpflicht auf der Versicherungsebene auswirken würde.

---

79 Welches, wie oben erwähnt, ein gutes Argument für Gesetzesregelungen ist, die den Arzt oder das Krankenhaus verpflichten, eine adäquate Aufklärung des Patienten durchzuführen

80 Siehe bezüglich dieser hochinteressanten Gedanken Epstein, R., „Medical Malpractice- the Case for Contract“, American Bar foundation Research Journal, Vol. 1, Nr. 1, 1976, 119-413 und Epstein, R., „Medical Macpractice: it's cause and cure“, in: Rottenberg, S. (Hrsg.), The economics of medical malpractice“, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, 245-267. Er plädiert außerdem für einen eher marktorientierten Umgang mit der Arzthaftung in Epstein, R., „Market and Regulatory Approaches to Medical Malpractice: the Virginia Obstetrical No-Fault Statute“, Virginia Law Review, 1988, 1451-1474 und in seinem kürzlich erschienenen Buch Epstein, R., Mortal Peril, Our Inalienable Right To Health Care?, Reading, Addison-Wesley, 1997, 412-416. Dieser marktorientierte Ansatz wird auch vertreten von Danzon, P.M., „Medical Malpractice: Theory, Evidence and Public Policy“, Harvard University Press, 1985 und von Robinson, „Rethinking the Allocation of Medical Malpractice Risks Between Patients and Providers“, Law and Contemporary Problems, 1986, 173

### 3. Versicherung

#### a) Die Ausschaltung des „moralischen Risikos“

Üblicherweise decken Krankenhäuser und Ärzte ihr Haftungsrisiko durch eine Haftpflichtversicherung ab. Bei der Haftpflichtversicherung stellt sich das bekannte Problem des moralischen Risikos, daß nämlich durch das Bestehen einer Versicherung Anreize zur Schadensprävention vermindert werden. Um dieses moralische Risiko zu beheben, sollte ein Versicherer, soweit finanziell durchführbar, die Prämien den individuellen Risiken der Versicherten anpassen und einerseits „gutes Benehmen“ (effiziente Sorgfalt) belohnen, andererseits „schlechtes“ Benehmen durch Prämien erhöhungen bestrafen<sup>81</sup>. Ein derartiges „Risiko-management“ ist allerdings nur möglich, wenn der Versicherer genaue Informationen über die Risiken hat und daher die Möglichkeit zu einer effektiven Risikoreduzierung besteht. Zusätzlich zur Anpassung der Prämien an die Risiken kann der Versicherer das moralische Risiko auch ausschalten, indem er dem Versicherten einen Teil des Risikos überträgt. Eine Möglichkeit der Übertragung ist der Selbstbehalt; eine weitere Möglichkeit besteht darin, Höchstgrenzen für Versicherungssummen vorzusehen. Wenn der Versicherer in der Lage ist, das moralische Risiko adäquat zu kontrollieren, sollten effiziente Versicherungsverträge auch ermöglichen, das Verhalten der Versicherten zu kontrollieren und den gleichen Anreiz zu Präventionsmaßnahmen zu geben wie das Schadenersatzrecht<sup>82</sup>. In diesem Fall wird der Anreiz nicht länger durch das Schadenersatzrecht gegeben, sondern durch effiziente Vorgaben des Versicherungsvertrages. Eine solche Kontrolle des moralischen Risikos ist auch in der Haftpflichtversicherung von Anbietern medizinischer Dienstleistungen möglich<sup>83</sup>.

#### b) Auf dem Weg in eine Versicherungskrise?

Kann dieses System effizienter Haftpflichtversicherung durch eine erhöhte Haftung, wie wir sie heute in einer Reihe von Rechtsordnungen vorfinden, gefährdet werden? George Priest hat argumentiert, daß die Versicherungskrise in den USA (die auch in Bezug auf Arzthaftung eine sehr wichtige Rolle spielt) in hohem Maße dadurch ausgelöst wurde, daß das Schadenersatzrecht als Instrument zur Entschädigung von Opfern benutzt wurde. Er wies darauf hin, daß die Krise der Haftpflichtversicherung in den USA durch den negativen Auswahlprozeß verursacht wurde, der auf einer Informationsasymmetrie zwischen Versicherer und Versichertem basierte<sup>84</sup>. Tatsächlich ist der Versicherer häufig schlecht über die genauen Eigenschaften des Versicherten informiert (daher besteht eine

81 Die Grundprinzipien zur Kontrolle des moralischen Risikos werden von Shavell S. beschrieben: „On moral hazard and insurance“, *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562

82 Siehe Faure, M., „Interdependencies between Tort Law and Insurance“, *Risk, Decision and Policy*, 1997, 193-210

83 Siehe Shavell, aaO, in „The economics of Medical Malpractice“, 40-42

84 Siehe Priest, G., „The current insurance crisis and modern tort law“, *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590



asymmetrische Information). Wenn die Eigenschaften des Versicherten (ob es sich um gute oder schlechte Risiken handelt) dem Versicherer nicht mitgeteilt werden können, wird die durchschnittliche vom Versicherer erhobene Prämie zu hoch für die „guten Risiken“ sein<sup>85</sup>. Das kann dazu führen, daß die „guten Risiken“ die Risikogemeinschaft verlassen und diese sich letztendlich völlig auflöst. Priest führt aus, daß dieser Prozeß durch den zunehmenden Einsatz von Schadenersatz als Kompensationsmechanismus entstanden ist und zu einer Krise führte, in der für bestimmte Dienstleistungen keine Haftpflichtversicherung mehr zu bekommen war. Des Weiteren argumentiert Priest, daß eher die niedrigeren Einkommensgruppen die Opfer dieser Krise waren, obwohl der Anstieg der Prämien eher durch die höheren Einkommensgruppen verursacht wurde<sup>86</sup>.

Es ist wichtig, aus diesem amerikanischen Beispiel zu lernen, daß vom Gesichtspunkt der Versicherung her in einer Ausweitung der Arzthaftung gewisse Gefahren liegen. Dies gilt um so mehr, wenn, wie das in vielen europäischen Rechtsordnungen der Fall ist, der Haftpflichtversicherer als Reaktion auf die erhöhte Arzthaftung die Prämien anhebt, die Krankenanstalt oder der Arzt jedoch aufgrund festgelegter Preise für bestimmte Leistungen keine Möglichkeit haben, diese gestiegenen Kosten auf die Patienten abzuwälzen. Dabei liegt es auf der Hand, daß eine erweiterte Arzthaftung niemals die Versicherbarkeit oder das Angebot bestimmter Gesundheitsdienstleistungen in Frage stellen sollte.

Es gibt natürlich Möglichkeiten für den Haftpflichtversicherer, mit erweiterter Arzthaftung umzugehen. Eine Möglichkeit ist eine geeignete Differenzierung der Risiken. Wenn der Versicherungsvertrag Präventivmaßnahmen auf seiten des Versicherten vorsieht und diese mit einer entsprechenden Prämienreduzierung belohnt, sollte dies dem Versicherten einen optimalen Anreiz zur Schadensreduzierung bieten. Dementsprechend sollten Risikogemeinschaften so eng wie möglich konstruiert werden, so daß die Prämien das Risikopotential des durchschnittlichen Mitglieds einer bestimmten Risikogemeinschaft reflektieren<sup>87</sup>. Eine adäquate Risikodifferenzierung beruht natürlich darauf, daß der Versicherer entsprechende Informationen über die Risiken hat. Eine Möglichkeit der Risikodifferenzierung liegt z.B. in der Spezialisierung auf medizinische Risiken. Es ist, wie bereits oben erwähnt, äußerst wichtig, daß der Versicherer gute Risiken für Präventionsmaßnahmen belohnen kann, so daß sie die Risikogemeinschaft nicht verlassen. In dieser Hinsicht kann auch ein spezialisierter Makler eine wichtige Rolle spielen, indem er Risikoinformationen vom Krankenhaus oder Arzt an den Haftpflichtversicherer weiterleitet.

---

<sup>85</sup> Siehe zum Prozeß der negativen Auswahl Akerlof, G., „The market for „lemons“: quality, uncertainty and the market mechanisms“, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488-500

<sup>86</sup> Dies stimmt genau mit dem oben erwähnten Argument überein, daß eine Bewegung hin zur verschuldensunabhängigen Haftung negative Auswirkungen haben wird

<sup>87</sup> Siehe Faure, M. und Hartlief, T., „Remedies for expanding liability“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, 697-699

### c) Selbstversicherung

Auch in Europa läßt sich feststellen, daß die erweiterte Arzthaftung zu Spannungen auf dem Versicherungsmarkt führt. Als Reaktion auf geringere Möglichkeiten, einen geeigneten Haftpflichtschutz zu bekommen, haben einige große Krankenhäuser, z.B. in den Niederlanden, auf Selbstversicherung umgestellt. Oft schließen große (besonders öffentliche) Krankenhäuser eine Selbstversicherung über einen substantiellen Betrag ab und erwerben „Überschußversicherungsschutz“ für den Fall, daß eine Schadenersatzverpflichtung eine bestimmte Höchstsumme übersteigt. So kann in der Praxis eine Kombination zwischen Selbstversicherung und Haftpflichtversicherung gefunden werden, wobei die Selbstversicherung die Form eines Selbstbehalts annehmen kann.

Auch wenn diese kombinierte Verwendung von Selbstversicherung und Haftpflichtversicherung, besonders im Bereich großer Risiken, effizient sein mag, muß man davor warnen, daß es ebenfalls einige Gefahren in sich birgt, sich ausschließlich auf die Selbstversicherung zu verlassen (was bedeuten würde, daß Krankenhäuser und Ärzte überhaupt keine Haftpflichtversicherung mehr abschließen). Ein leicht nachvollziehbares Argument ist, daß der Geschädigte nach wie vor die Garantie haben sollte, daß ein Anbieter medizinischer Dienstleistungen auch in der Lage ist, allfällige Schadenersatzverpflichtungen zu erfüllen. Selbstversicherung ist nicht unbedingt eine verlässliche Garantie gegen Insolvenz. Zudem hat die Haftpflichtversicherung den großen Vorteil, daß eine Risikoverteilung durch die sogenannten „economies of scale“ (Kostendegression) möglich ist. Ein Haftpflichtversicherer hat die Möglichkeit, ähnliche, aber nicht miteinander gekoppelte Risiken zu bündeln und kann so den erwarteten Nutzen der Gesamtheit der Versicherten steigern, indem er die Kosten ihrer Risikovermeidung reduziert. Dieser wesentliche Vorteil der Versicherung (Risikoverteilung) geht ganz offensichtlich bei der Selbstversicherung verloren. Darüber hinaus kann eine Haftpflichtversicherung den Vorteil bieten, daß ein spezialisierter Versicherer oder Makler genaue Informationen zum versicherten Risiko einholen kann und dann durch die Gestaltung des Versicherungsvertrages bestimmte Präventivmaßnahmen von den Versicherten verlangen kann. Effiziente Versicherungsverträge können so zu einer Reduzierung der Medizinhaftungsrisiken führen. Schließlich kann die Selbstversicherung von Anbietern medizinischer Dienstleistungen (vor allem von Krankenhäusern) zu Umverteilungsproblemen führen. Angenommen, ein öffentliches Krankenhaus wäre nicht haftpflichtversichert. In diesem Fall trägt das Krankenhaus das Risiko hoher Schadenersatzforderungen. Diese Kosten würden dann bei öffentlichen Krankenanstalten auf die Steuerzahler und nicht unbedingt auf die Personen übertragen, die medizinische Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Dies könnte auch zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen privaten und öffentlichen Krankenhäusern führen.

Zusammengefaßt kann man sagen, daß in der Tendenz zur Selbstversicherung (die möglicherweise eine Reaktion auf eine erweiterte Arzthaftung ist) eine Reihe von Gefahren liegen. Es erscheint „effizienter“ und „fairer“, Medizinhaftung innerhalb bestimmter Ausmaße zu halten, so daß Haftpflichtversicherer diese Risiken nach

wie vor übernehmen können. Wenn ein spezialisierter Haftpflichtversicherer Risiken geeignet differenziert, sollten dadurch auch optimale Anreize zur Anwendung bestmöglicher Sorgfalt durch die Anbieter medizinischer Dienstleistungen geschaffen werden.

## **D. Alternativen?**

### **1. Patientenversicherung**

Wir haben gerade gezeigt, daß eine Erweiterung der Haftung zu Spannungen auf dem Versicherungsmarkt führen kann. Außerdem haben wir darauf hingewiesen, daß Selbstversicherung nicht unbedingt eine optimale Alternative darstellt. Wir sollten aber bedenken, daß in Europa heutzutage ein Großteil der Kosten der Arzthaftung nach wie vor hauptsächlich von den Sozialversicherungen getragen wird. Das Schadenersatzrecht dient daher in einem großen Ausmaß dem Regreß der Sozialversicherungsträger oder der Zuerkennung von Schmerzensgeld an die Geschädigten. Dies läßt die Notwendigkeit, nach Alternativen zu suchen, weniger dringend erscheinen, da die Geschädigten heutzutage für einen großen Teil ihrer Schäden schon durch das Sozialversicherungssystem Ersatz erhalten.

Es gibt aber eine andere Möglichkeit des Ersatzes für Behandlungsfehler, die häufig befürwortet wird, nämlich die Patientenversicherung. Dieses Phänomen wird in der Fachliteratur ausführlich diskutiert<sup>88</sup>.

Der wesentliche Unterschied zwischen Haftpflichtversicherung und Patientenversicherung ist wohl bekannt. Bei der Haftpflichtversicherung deckt der Versicherer das Risiko, daß sein Versicherter (der Anbieter medizinischer Dienstleistungen) einem Dritten gegenüber schadenersatzpflichtig wird. Bei der Patientenversicherung erhält der Geschädigte direkt vom Versicherer Ersatz. Ob eine solche Patientenversicherung eine effiziente Alternative zur Haftpflichtversicherung darstellen kann, kann nicht allgemein beantwortet werden. Das hängt vom genauen Inhalt eines Angebots ab, sowie von der Frage, ob die Patientenversicherung durch eine Haftpflichtversicherung des Krankenhauses oder Arztes ergänzt wird oder nicht. Das Grundprinzip der Patientenversicherung ist, daß die Versicherung - im Prinzip - leistet, sobald ein Schaden eintritt, vorausgesetzt der Geschädigte kann nachweisen, daß der Schaden durch ein versichertes Risiko entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob eine Haftung

---

<sup>88</sup> Siehe zu dieser Tendenz zu verschuldensunabhängigen Kompensationsmodellen im Heilwesenbereich auch Weywers, *Empfeht es sich im Interesse der Patienten und Ärzte, ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?* Gutachten für den 57. Deutschen Juristentag, 1978, 98ff. und Pichler, J., *Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, I, 1994. Ein Plädoyer für verschuldensunabhängige Patientenentschädigung findet man auch bei Pichler, J., *Die Begründbarkeit von Sonderentschädigungsordnungen*, in: *Haftungrechtliche Perspektiven der ärztlichen Behandlung*, 1997, 47-57, wie auch bei Vansweefelt, Th., o.c., 858-883. Sehr kritisch gegenüber verschuldensunabhängigen Kompensationsmodellen ist Koziol, H., *Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche bei Behandlungsfehlern?*, RdM 1994, 3-6

eines Dritten besteht. Der Vorteil einer solchen Versicherung besteht darin, daß einerseits die Transaktionskosten relativ niedrig sind und andererseits die Risikodifferenzierung sehr viel einfacher ist. Der Grund dafür ist, daß die Versicherung unmittelbar die Risiken des Patienten deckt und es so für den Patienten wesentlich leichter ist, dem Versicherer bestimmte Umstände anzuzeigen, als bei einem Haftpflichtversicherer. Die Schwierigkeit im Zusammenhang mit einer Haftpflichtversicherung liegt immer darin, daß der Versicherer das Risiko deckt, daß der Versicherte einen Dritten schädigt, dessen Lebensumstände ex ante dem Versicherer nicht bekannt sind. Im Gegensatz dazu übernimmt der Versicherer bei der Patientenversicherung direkt das Risiko des geschädigten Opfers.

Im Zusammenhang mit einer Patientenversicherung stellt sich die Frage, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der Behandlung und dem eingetretenen Schaden nachgewiesen werden muß. Verlangt man den Beweis des Kausalzusammenhangs durch den Patienten, bedeutet eine Patientenversicherung nicht unbedingt leichtere Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch als die derzeitige Regelung der Haftung. Tatsächlich liegt das Problem darin, daß ein Entschädigungssystem es dem Patienten ja nicht ermöglichen sollte, Ersatz zu erlangen, sobald er mit dem Ergebnis einer medizinischen Behandlung unzufrieden ist<sup>89</sup>. Daher wird es auch bei sogenannten verschuldensunabhängigen Kompensationsmodellen notwendig sein zu untersuchen, ob die erlittene Schädigung die Folge einer medizinischen Behandlung ist<sup>90</sup>. Außerdem stellt sich auch bei einer Patientenversicherung die Frage, wer das System finanziert. Das ist im Prinzip der Patient. Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zur Haftpflichtversicherung. Es wird wohl schwierig sein, eine Patientenversicherung zu „verkaufen“, wenn diese durch die potentiellen Geschädigten selbst finanziert werden soll. Das erklärt auch, warum bestehende Patientenversicherungssysteme (wie in Schweden) oder in der Literatur diskutierte Lösungen nicht unbedingt Patientenversicherungen im eigentlichen Sinne sind, sondern eher Sozialversicherungssysteme. In diesen Fällen wird das Versicherungssystem vom Staat finanziert. Nachdem die potentiell Geschädigten bereits für die Abdeckung künftiger Schäden bezahlen, besteht nur eine geringe Bereitschaft, zusätzlich ein System der Patientenversicherung zu finanzieren. Natürlich sollte man vermeiden, daß ein zusätzliches Kompensationssystem bloß zu höheren Regreßansprüchen der Sozialversicherungsträger führt. In Kombination mit einer Haftpflichtversicherung könnte dies zu einer ineffizienten Anhäufung von Entschädigungssystemen führen.

Letztendlich müßte auch bei der Patientenversicherung das Verhältnis zum Schadenersatzrecht geklärt werden. Eine Frage ist, ob eine solche

<sup>89</sup> Siehe mehr Details bei Koziol, H., l.c. aaO, 31

<sup>90</sup> Die administrativen Kosten eines solchen verschuldensunabhängigen Unfallsystems sind, vorausgesetzt ein Kausalitätsnachweis wird verlangt, nicht unbedingt niedriger als die Kosten für ein Haftpflichtsystem; nach Bowles, R. und Jones, P.H., *Professional Liability: an economic analysis*, Aberdeen, University Press, 1989, 71 und Epstein, R., o.c. aaO, in *The economics of medical malpractice*, 257-258. Dies wird jedoch von Vansweevelt, Th., o.c. aaO, 875-876, bestritten

verschuldensunabhängige Patientenversicherung das Schadenersatzrecht ersetzen würde. Dies würde dann zu einem neuen gesetzlichen Regelwerk führen, wobei das System des Schadenersatzrechts verlassen würde. Aus der Perspektive des Patienten bedeutet das, daß er mit relativer Sicherheit eine Entschädigung erhält (er muß trotzdem noch den Kausalzusammenhang nachweisen, was nicht immer einfach sein wird; der Nachweis des Verschuldens des Arztes oder Krankenhauses hingegen entfällt). Allerdings würde die Leistung in der Regel niedriger ausfallen, als bei voller Entschädigung nach dem Schadenersatzrecht. Aus Perspektive des Anbieters medizinischer Dienstleistungen stellt sich die Frage, inwiefern ohne das Schadenersatzrecht ein Anreiz für Präventionsmaßnahmen gegeben werden kann. Es ist bereits vielfach davor gewarnt worden, daß ein echtes verschuldensunabhängiges System ohne Haftung für ärztliche Kunstfehler die Anreize für die Einhaltung von Sorgfaltsstandards stark abschwächen würde<sup>91</sup>. Wenn hingegen dem Geschädigten das Schadenersatzrecht zusätzlich zu einer Patientenversicherung offen steht, würde dies zu einer Kumulation von Versicherungen führen, die kaum als effizient betrachtet werden kann<sup>92</sup>.

## 2. Fonds

Eine ähnliche Diskussion, die auf eine verschuldensunabhängige Kompensation hinausläuft, baut nicht auf der Idee einer Patientenversicherung, sondern auf der Einrichtung eines Entschädigungsfonds für Opfer von medizinischen Kunstfehlern auf. Die Tendenz, Entschädigungsfonds anstatt des Schadenersatzrechts zu nutzen, hat auch vor dem Bereich der Arzthaftung nicht Halt gemacht. Die Gründe, die für eine solche Fondslösung vorgebracht werden, sind oft sehr unterschiedlich. Häufig wird argumentiert, daß das bestehende Schadenersatzrecht, gekoppelt mit einer Haftpflichtversicherung, nicht in der Lage ist, den Geschädigten zu angemessenem Ersatz zu verhelfen und in dieser Hinsicht mangelhaft ist. Es stellt sich aber doch die Frage, ob der Verwalter eines Entschädigungsfonds besser in der Lage wäre, die Behandlungsrisiken zu managen, als die traditionellen Versicherungsmärkte<sup>93</sup>. Die entscheidende Frage ist, ob der Verwalter eines Fonds auch in der Lage ist, gute und schlechte Risiken zu erkennen und daher eine Risikodifferenzierung in der gleichen Weise durchzuführen wie ein Versicherer<sup>94</sup>. Wie oben gezeigt, haben die Versicherungsmärkte bewiesen, daß sie adäquaten Haftpflichtversicherungsschutz bieten können. Hingegen ist keineswegs sicher, daß eine geeignete Risikodifferenzierung durch einen (öffentlichen) Entschädigungsfond effektiver durchgeführt werden könnte. Das würde voraussetzen, daß der Verwalter eines

---

91 So argumentierten Koziol, H., I.c., aaO, 32 und Danzon, P., aaO I.c., 13

92 So Koziol, H., aaO I.c., 31

93 Zur Studie einer kritischen Analyse siehe Faure, M., und Hartlief, T., „Compensation funds versus liability and insurance for remedying environmental damage“, *Review of European Community and International Environmental Law*, 1996, 321-327 und Faure, M. „Economic aspects of environmental liability: an introduction“, *European Review of Private Law*, 1996, 101-105

94 Shavell, S., aaO I.c., in *The Economics of Medical Malpractice*, 40

solchen Fonds in der Lage ist, die Risiken adäquat zu überwachen. In der Diskussion um Fondslösungen wird außerdem häufig die Frage nach der Finanzierung vernachlässigt. Im Prinzip sollten nur diejenigen zum Fond beitragen müssen, die auch die Risiken geschaffen haben. Wenn aber eindeutig feststellbar ist, wer (z.B. welches Krankenhaus) welche speziellen Risiken herbeigeführt hat, kann ebenso das bestehende Schadenersatzrecht angewendet werden. Die andere Möglichkeit wäre ein staatlich finanzierter Entschädigungsfond. In diesem Fall könnte man allerdings auf politischer Ebene die Frage stellen, warum die Opfer bestimmter Unfälle (in diesem Falle die durch einen ärztlichen Kunstfehler Geschädigten) gegenüber anderen Geschädigten besser gestellt sein sollen<sup>95</sup>. Entschädigungsfonds werden manchmal auch mit der Begründung vorgeschlagen, daß Patienten ansonsten gar keine Entschädigung erhalten würden. Diese Argumentation übersieht, daß besonders in Westeuropa die Kosten medizinischer Behandlung sowie der Verdienstausschlag im wesentlichen von der Sozialversicherung getragen wird. Kein Ersatz besteht daher häufig lediglich für Schmerzensgeld und Verdienstausschlag, soweit er eine gewisse Höhe überschreitet<sup>96</sup>. Man sollte daher in Frage stellen, ob weitreichende Lösungen, wie die Einrichtung eines Entschädigungsfonds, notwendig sind, um mit dem relativ geringen Problem des nicht gedeckten Schadens umzugehen. Die Einrichtung eines Entschädigungsfonds für die Opfer bloß bestimmter Unfälle, nicht aber für andere, stellt notwendigerweise eine Differenzierung dar, die wiederum zu einer negativen Umverteilung führt<sup>97</sup>.

Auf Grund dieser und anderer Argumente ist verständlich, daß viele Wissenschaftler der Einführung eines Entschädigungsfonds für ärztliche Kunstfehler recht kritisch gegenüberstehen. Diese Vorschläge stoßen meist auch auf heftige Kritik von Wirtschaftswissenschaftlern<sup>98</sup>.

### 3. Beispiele: Belgien, Wien, Schweden

Obwohl man, wie dargestellt, von verschuldensunabhängigen Kompensationsmodellen keine Wunder erwarten darf, und obwohl diese in Bezug auf Präventionsmaßnahmen sogar negative Auswirkungen haben können, bestehen doch eine Reihe von Vorhaben, derartige Modelle einzuführen. Vorschläge in dieser Richtung werden in der juristischen Literatur in zahlreichen Rechtsordnungen diskutiert. Es erscheint mir von Interesse, auf zwei Beispiele besonders hinzuweisen: In Belgien haben Universitätsprofessoren einen Entwurf vorgelegt, der davon ausgeht, daß Opfer medizinischer Kunstfehler derzeit nicht voll entschädigt werden und das Haftpflichtversicherungen zu ernststen Verlusten

<sup>95</sup> Siehe diesbezüglich die kritischen Anmerkungen von Koziol, der argumentiert, daß ein solches separates Regelwerk im Gegensatz zum Gleichheitsprinzip stünde (Koziol, H., aaO I.c., 31)

<sup>96</sup> Siehe Koziol, H., aaO I.c., 30

<sup>97</sup> Siehe Koziol, H., aaO I.c., 33

<sup>98</sup> Siehe z.B. die kritischen Anmerkungen zum Vorschlag eines Fonds von Epstein, R., aaO I.c., in *The economics of medical malpractice*, 257-267

seitens der Versicherer führen würden. Der belgische Entwurf sieht daher einen Entschädigungsfond vor, der durch Versicherungen und durch den Staat finanziert werden soll<sup>99</sup>. Es ist jedoch unklar, ob dieser Fond parallel zum Schadenersatzrecht bestehen soll und wie eine Risikodifferenzierung in Bezug auf die Finanzierung des Fonds vorgenommen werden kann.

Dies trifft zum Teil auch auf einen anderen Vorschlag zu, der noch nicht im Detail vorliegt, aber dennoch interessant ist. Es handelt sich um einen Vorschlag der Stadt Wien, einen Entschädigungsfond für Patienten einzurichten<sup>100</sup>. Nach diesem Vorschlag sollen Patienten, die in einem Krankenhaus der Stadt Wien durch einen medizinischen Kunstfehler einen Schaden erleiden, durch einen Fond (bis zu einem gewissen Betrag) entschädigt werden, wobei die Stadt Wien in die Rechte des Patienten gegen den Schädiger eintreten würde. Dieser Vorschlag läßt jedoch mehrere Fragen offen. Zunächst ist klar, daß diese Regelung das Schadenersatzrecht nicht verdrängen kann (es ist kaum denkbar, daß die Stadt Wien das österreichische Schadenersatzrecht ändern kann). Zweitens bleibt offen, wie der Fond finanziert werden soll. Da es unmöglich wäre, Entschädigungen auf die Wiener Bevölkerung zu beschränken, würde eine Finanzierung z.B. durch die Steuerzahler Wiens zu einer Umverteilung zum Nutzen der Bevölkerung außerhalb Wiens führen.

Man hört oft, daß das schwedische Patientenversicherungssystem eine Erfolgsstory ist, die von anderen Rechtsordnungen übernommen werden sollte<sup>101</sup>. Der schwedische Länderbericht läßt jedoch Zweifel daran aufkommen, ob das schwedische System tatsächlich die Erfolgsstory ist, als die man es im Ausland gerne sehen möchte<sup>102</sup>. Zunächst sollte man nicht vergessen, daß Schweden bereits ein weitreichendes Sozialversicherungsnetz hatte. Außerdem wurde das schwedische Gesetz über die Patientenschädigungen nach dem schwedischen Länderbericht erst 1997 eingeführt und basiert auf einer Pflichtversicherung, die von Anbietern medizinischer Dienstleistungen zugunsten der Patienten abgeschlossen werden muß. Die Patienten können unabhängig vom Verschulden eine Entschädigung fordern, müssen aber nach wie vor die Kausalität der medizinischen Behandlung nachweisen. Darüber hinaus können Patienten nach der schwedischen Rechtslage (schwedisches Schadenersatzgesetz von 1972)

---

99 Siehe bezüglich dieses Fonds unter anderem Fagnart, J.L., „Les Réparations des Accidents Médicaux“, in Vansweevelt, Th. (Hrg.) Responsabilité et Accidents Médicaux, Gent, Mys en Breesch, 1996, 53-92. Dieser Band enthält mehrere Beiträge, in welchen auch die unterschiedlichen Interessensgruppen (Mediziner und Versicherer) auf den vorgeschlagenen Entschädigungsfond reagieren

100 Ankündigungen zu diesem Fond erschienen u.a. in „Der Standard“, 8. Oktober 1997 und im „Kurier Wien“, 8. Oktober 1997. Dieser Fond sollte mittlerweile bereits eingerichtet sein und wird im Beitrag von Koziol besprochen

101 Siehe z.B. den Hinweis auf das schwedische System in Österreich von Pichler, J., Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich, 1994 und Pichler, J., „Die Begründbarkeit von Sonderentschädigungsordnungen“ in Haftungsrechtliche Perspektiven der ärztlichen Behandlung, Linz, Universitätsverlag Rudolf Trauner, 1997, 35-46 und in Belgien von Vansweevelt, Th., aaO o.c., 860-872

102 Länderbericht Schweden

nach wie vor Entschädigungen im Rahmen des Schadenersatzrechts verlangen. Die Tatsache, daß das Schadenersatzrecht neben dem verschuldensunabhängigen Entschädigungssystem bestehen bleibt, kann daher weiterhin Anreize zur Schadensprävention setzen. Abgesehen davon ist das System erst zu kurz in Geltung, um verlässliche empirische Daten über die Finanzierbarkeit oder seine Auswirkungen auf die im Rahmen der medizinischen Versorgung eingehaltenen Sorgfaltsstandards zu liefern. Es erscheint daher verfrüht, endgültige Schlüsse aus dem schwedischen Modell zu ziehen. Mit dem schwedischen System wird sich Prof. Dr. Koziol noch kritisch auseinandersetzen.

#### 4. Sozialversicherung oder Schadenersatz?

Diese Beispiele zeigen, daß die Idee eines verschuldensunabhängigen Entschädigungssystems, das dem Patienten zumindestens eine gewisse Entschädigung gewährleistet und andererseits die Anbieter medizinischer Dienstleistungen vor Schadenersatzansprüchen schützt, als attraktive Lösung erscheint, daß aber vollkommen unsicher ist, ob diese Lösung in der Praxis umgesetzt werden kann. Die Neigung der Lehre und der Politik, die Opfer medizinischer Kunstfehler voll zu entschädigen, ist allerdings kein isoliertes Phänomen. Es läßt sich in verschiedenen Bereichen des Unfallrechts feststellen, daß die Geschädigten es in höherem Maße ablehnen, weniger als eine volle Entschädigung zu erhalten. Das alte Rechtsprichwort „casum sentit dominus“ (jeder trägt im Prinzip seinen eigenen Schaden) wird offensichtlich nicht länger akzeptiert. Dies hat zu verschiedenen Bestrebungen im Unfallrecht wie auch im Bereich der Arzthaftung geführt. Eine Strömung geht dahin, den Bereich der Ersatzpflicht zu erhöhen, indem die Voraussetzungen der Haftung herabgesetzt werden<sup>103</sup>. In diesem Zusammenhang kann man auf die oben dargestellten Bestrebungen verweisen, z.B. die Tendenz zur Beweislastumkehr.

Eine zweite Strömung scheint dahin zu gehen, den traditionellen Unterschied zwischen Schadenersatzrecht und Sozialversicherung zu verringern. Die herkömmliche Betrachtungsweise sieht die Sozialversicherung als einfache Möglichkeit, eine Entschädigung zu erlangen (mit relativ geringen Voraussetzungen), allerdings nur im Ausmaß begrenzter Summen. Eine volle Entschädigung soll nur erfolgen, wenn die schwierigeren Voraussetzungen des Schadenersatzrechts erfüllt sind<sup>104</sup>. Die Opfer von Unfällen wollen nun die Vorteile beider Systeme für sich: Sie verlangen die niedrigen Voraussetzungen des Sozialversicherungsrechts in Kombination mit der vollen Entschädigung nach dem Schadenersatzrecht. Diese Kombination beider Systeme wird aber, wie oben beschrieben, unvermeidlich zu Problemen auf der Versicherungsebene führen. Traditionelles Schadenersatzrecht, in Kombination mit dem Haftpflichtversicherungsrecht ist nicht als Mechanismus entwickelt worden, der allen

<sup>103</sup> Dies hat offensichtlich mit dem Bedürfnis eines der Geschädigten zu tun, seinen Schaden auf jemanden anderen abzuwälzen (siehe Koziol, H., aaO l.c., 21)

<sup>104</sup> Siehe Koziol, H. aaO, l.c., 33-34



Geschädigten vollen Ersatz garantieren sollte<sup>105</sup>. Es ist problematisch, daß das Schadenersatzrecht nun ausgedehnt oder mit der Forderung nach verschuldensunabhängigen Kompensationsmodellen verbunden wird, wobei häufig offen bleibt, wer eigentlich diesen erweiterten Schutz finanzieren soll.

Die Zukunft wird vermutlich zeigen, daß Geschädigte und Politiker sich entscheiden müssen: Entweder wird es eine automatische Entschädigung geben, die durch verschuldensunabhängige Kompensationsmodelle gewährt wird (Sozialversicherung, Patientenversicherung oder Entschädigungsfond), die aber notwendigerweise nur begrenzte Entschädigungen vorsehen kann (wobei sich dann immer noch die Frage stellt, wie ein Anreiz zu Präventionsmaßnahmen gesetzt werden kann), oder man verläßt sich auf das Schadenersatzrecht, das vollen Ersatz für eine notwendigerweise beschränkte Anzahl Geschädigter vorsieht.

## **E. Harmonisierung**

### **1. Wirtschaftliche Gründe für eine Harmonisierung?**

Die rechtsvergleichende Analyse und die Ergebnisse der Fälle zeigen, daß es immer noch große Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen gibt. Die Frage, die sich unvermeidbar in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob diese Unterschiede eine Harmonisierung auf europäischer Ebene notwendig erscheinen lassen. Wissenschaftler im Bereich der ökonomischen Analyse des Rechts werden immer skeptischer, was eine europäische Harmonisierung angeht. Vor kurzem vertrat Professor Van den Bergh in einem provokanten Vortrag „Adieu Bruxelles?“ (Auf Wiedersehen Brüssel?), daß das Subsidiaritätsprinzip auch in wirtschaftlicher Hinsicht gesehen werden sollte<sup>106</sup>. Van den Bergh argumentiert, daß eine Differenzierung gesetzlicher Regelungen den großen Vorteil hat, daß die Gesetzgeber Regeln festlegen können, die grundsätzlich mit den Präferenzen der Bevölkerung übereinstimmen. Darüber hinaus hat die Existenz mehrerer unterschiedlicher Systeme nach dieser Theorie den Vorteil, daß es unter den einzelnen Rechtsordnungen zu einem Wettbewerb um die optimalen Regelungen kommt. Diese Theorie schlägt als Ausgangspunkt dezentralisierte Entscheidungsprozesse vor, die die gesetzlichen Regelungen anbieten, die am besten mit den Präferenzen der Bevölkerung übereinstimmen. Trotzdem kann es Gründe geben, warum ein solcher Markt der Rechtsordnungen eventuell nicht zu optimalen Ergebnissen führt. Einer dieser Gründe liegt in den externen Effekten. Grenzüberschreitende externe Effekte können z.B. dann entstehen, wenn eine bestimmte Regelungsfrage in einer anderen Rechtsordnung Kosten verursacht. Dies könnte z. B. bei Umweltverschmutzung der Fall sein. Da Flüsse und Luft häufig nationale Grenzen überschreiten, beeinflußt die Entscheidung in einem Land unweigerlich auch andere Länder. Das könnte dann ein Grund zur Zentralisierung der Entscheidungsprozesse sein.

---

<sup>105</sup> Siehe Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997, 56-57

<sup>106</sup> Van den Bergh, R., „The subsidiarity principle in European Community Law: some insights from law and economics“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, 337-366

Dieser Gedanke ist jedoch auf den Bereich der medizinischen Versorgung nicht übertragbar. Wenn es um Gesundheitssystem und Arzthaftung geht, läßt sich argumentieren, daß die Bevölkerung grundsätzlich die Möglichkeit haben soll, das Haftungssystem auszuwählen, das ihnen am meisten zusagt, da sie letztendlich auch den Preis für ein solches System bezahlen müssen. Die Gesundheitsversorgung erfolgt im Prinzip auf örtlicher Ebene und hat wenige grenzüberschreitende Auswirkungen. Das Problem, das sich vielleicht stellt, ist, daß Patienten in andere Länder „flüchten“ könnten, wo sie schneller (oder besser) behandelt werden. Diese Überlegungen sind jedoch eher ein Grund für die Harmonisierung des Sozialversicherungsrechts, nicht der Arzthaftung.

Es gibt aber noch ein weiteres Argument, das häufig für eine Harmonisierung vorgebracht wird, nämlich die Tatsache, daß die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtssystemen zu Unterschieden in den Marktbedingungen führen, was wiederum die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Marktes gefährden könnte. Dieses Argument der „Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen“ war z.B. die Grundlage für ein europäisches Tätigwerden im Bereich der Produkthaftung. Dieses Konzept geht davon aus, daß jeder Unterschied zwischen den Rechtsordnungen eine Marktintegration gefährdet. Aus einer wirtschaftlichen Perspektive sind Unterschiede zwischen einzelnen Rechtsordnungen jedoch nur dann ein Problem, wenn ein einzelner Staat mit sehr niedrigen, ineffizienten Standards in der Lage wäre, Industrien aus einem anderen Land anzuziehen. In diesem Fall würde eine Angleichung nach unten („race to the bottom“) eintreten, indem alle Unternehmen versuchen, in das Land mit den niedrigsten Standards auszuweichen. Dem könnte durch eine zentralisierte Festlegung von Standards abgeholfen werden. Auch dieses Argument dürfte jedoch keine besonders wichtige Rolle im Bereich des Gesundheitswesens und der Medizinhaftung spielen. Die Angst vor dem „race to the bottom“ würde nur dann für eine Zentralisierung sprechen, wenn man überzeugend darlegen könnte, daß ein ernsthaftes Risiko besteht, daß Ärzte oder Krankenhäuser in ein Land mit einer ineffizienten Regelung der Arzthaftung ausweichen. Das erscheint jedoch nicht sehr wahrscheinlich, da die Standortentscheidungen von Ärzten und Krankenhäusern nicht nur durch die Regelung der Arzthaftung beeinflußt werden, sondern auch von anderen Faktoren, wie z.B. dem Preis medizinischer Dienstleistungen und dem Sozialversicherungssystem.

Zusammenfassend kann man sagen, daß aus wirtschaftlicher Sicht die Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen in bezug auf die Arzthaftung nicht unbedingt zu Ineffizienzen führen. Die Unterschiede können im Gegenteil sogar nützlich sein, da sie sich den Bedürfnissen und Erwartungen der Bevölkerung anpassen können. So ist es möglich, daß die Bevölkerung z.B. in Deutschland ein relativ strenges Haftungssystem mit hohen Entschädigungen bevorzugt, aber auch bereit ist, den damit einhergehenden Preis zu zahlen (entweder direkt für medizinische Dienstleistungen oder durch Steuern). Hingegen mag die Bevölkerung z.B. Großbritanniens nicht unbedingt zu einer sehr strengen Haftung tendieren, weil sie nicht bereit wäre, die damit verbundenen Kosten zu

tragen. Wenn diese Präferenzen einige der Unterschiede in den Rechtssystemen erklären können, warum sollte dann die Arzthaftung auf europäischer Ebene harmonisiert werden, so daß entweder die deutsche Bevölkerung dazu gezwungen wird, sich dem niedrigeren britischen Standard anzupassen, oder von Großbritannien verlangt wird, den höheren deutschen Standard zu übernehmen?

Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß die bestehenden Unterschiede von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen nicht unbedingt schlecht sind. Außerdem sollte man darauf hinweisen, daß auch für Ärzte und Krankenanstalten die Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen nicht notwendigerweise problematisch sind. Für Anbieter medizinischer Dienstleistungen ist wichtig, daß sie sich frei in den Mitgliedsstaaten niederlassen können. Die Niederlassungsfreiheit wird jedoch kaum von den unterschiedlichen Arzthaftungsregelungen beeinträchtigt, sondern viel eher durch die Regelungen des Gesundheitswesens im allgemeinen und zum Beispiel durch die gegenseitige Anerkennung von Diplomen und anderen Qualifikationen<sup>107</sup>.

Schließlich könnte man auch vertreten, daß eine Harmonisierung des Medizinhaftungsrechts nicht nur aus wirtschaftlicher Perspektive betrachtet werden sollte. Man könnte z.B. einen einheitlichen Mindestschutz für Opfer von Behandlungsfehlern in ganz Europa verlangen. Diese Forderung, so attraktiv sie auf der politischen Ebene wirken mag, ist angesichts der Tatsache, daß das Gesundheitswesen an sich in Europa nicht in hohem Maße vereinheitlicht ist, nicht sehr überzeugend. Es würde seltsam anmuten, die Harmonisierung der Arzthaftung vorzuschlagen, die tatsächlich das Wohl der Bevölkerung nur minimal betrifft, ohne eine Harmonisierung des Gesundheitswesens an sich vorzunehmen.

## **2. Ist eine Harmonisierung möglich?**

Dies führt uns zu einem weiteren Punkt, daß man sich nämlich fragen sollte, ob es praktisch überhaupt möglich wäre, das Arzthaftungsrecht zu vereinheitlichen. Die vergleichende Analyse hat gezeigt, daß ähnliche Fälle in den untersuchten Rechtsordnungen zu recht unterschiedlichen Resultaten führen können. Dies gilt sowohl für die Haftung dem Grunde nach, als auch für die Höhe des Ersatzanspruches. Die Gründe für diese Verschiedenheiten sind jedoch durchaus unterschiedlich. Es fällt auf, daß die meisten Länderberichterstatter hinsichtlich des Verschuldens des Arztes oder des Krankenhauses zum gleichen Ergebnis kamen<sup>108</sup>. Mit anderen Worten, die meisten Autoren waren sich über den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab einig, und, wenn der Sachverhalt entsprechend klare Angaben enthielt, auch bezüglich der Frage, ob dieser Standard in einem

---

<sup>107</sup> Siehe dazu Schneider, H., Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft, Antwerpen, Maklu, 1995

<sup>108</sup> Dies ist natürlich kein überraschendes Ergebnis, da alle Länderberichte sich auf die Aussagen der Sachverständigen verließen, um zu entscheiden ob rechtswidrig gehandelt wurde oder nicht

bestimmten Fall eingehalten worden war oder nicht. Unterschiede gab es oft bei der Beweislast und besonders bei der Kausalität.

Das zeigt, daß es nicht sehr viel Sinn macht, im Bereich der Arzthaftung z.B. den Sorgfaltsmaßstab zu vereinheitlichen, da es sich dabei offensichtlich nicht um einen Punkt handelt, in dem sich die meisten Systeme unterscheiden. Auch wenn der Sorgfaltsmaßstab vereinheitlicht wäre, könnte das Ergebnis nach wie vor aufgrund prozessualer Unterschiede (Beweislast) oder aufgrund der unterschiedlichen Behandlung unsicherer Kausalzusammenhänge unterschiedlich ausfallen.

Zudem wird das Ergebnis (was ein Geschädigter tatsächlich bekommt) sowohl von der Höhe der zugesprochenen Summe, als auch vom Sozialversicherungssystem bestimmt. Die vergleichende Analyse hat gezeigt, daß es besonders im Bereich der Entschädigungssummen große Unterschiede gibt. Der Betrag, den ein Geschädigter erhält, wird nach wie vor hauptsächlich durch das Sozialversicherungssystem bestimmt, ein Bereich, in dem noch keine Harmonisierung besteht. Das zeigt, daß eine Harmonisierung, die sich ausschließlich auf die Arzthaftung beschränkt, völlig ineffektiv wäre. Solange sich die Sozialversicherungssysteme noch stark unterscheiden, wird auch die Höhe des Schadenersatzanspruchs differieren. Daher würde eine europaweite Vereinheitlichung z.B. des geforderten Sorgfaltsmaßstabs nicht zu einer Harmonisierung im Arzthaftungsbereich führen.

Schließlich muß man auch darauf hinweisen, daß das Medizinhaftungsrecht nicht unabhängig vom allgemeinen Schadenersatzrecht zu sehen ist. Wenn man daher wirklich eine gewisse Harmonisierung erreichen will, erscheint es angebrachter, zunächst die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts zu vereinheitlichen und sich dann in einem zweiten Schritt auf das Arzthaftungsrecht zu konzentrieren.

Der zwingende Schluß daraus ist, daß eine Vereinheitlichung des Arzthaftungsrechts auf europäischer Ebene nicht durchführbar erscheint, wenn man es isoliert vom Schadenersatzrecht betrachtet. Es wäre jedoch höchst gewinnbringend, zu untersuchen, ob nicht gemeinsame Grundlagen gefunden werden können, die die „Wurzeln“ eines europäischen Schadenersatzrechts bilden könnten. Bis aber ein solches Vorhaben abgeschlossen ist, werden Rechtsordnungen mit einem hoch entwickelten Arzthaftungsrecht, wie z.B. Deutschland, auch den Preis für den weitreichenden Schutz für Opfer von medizinischen Kunstfehlern zahlen müssen.